

**Die Gewährleistung
gemeindlicher Selbstverwaltung
durch das Grundgesetz**

Gerhard Seibert

1966

DIE GEWÄHRLEISTUNG
GEMEINDLICHER SELBSTVERWALTUNG
DURCH DAS GRUNDGESETZ

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

GERHARD SEIBERT
Gerichtsreferendar aus Kassel

Marburg 1966

Druck: Görich & Weiershäuser, Marburg



Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissen-
schaftlichen Fakultät angenommen am 16. Januar 1966

Berichterstatter: Professor Dr. Görg

Mitberichterstatter: Professor Dr. Rupp

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Februar 1966

Gedruckt mit Unterstützung der Philipps-Universität
Marburg, des Marburger Universitätsbundes und der
Stiftung Volkswagenwerk

Inhalt

	Seite
Schrifttum	IV
Abkürzungen	XIX
A.	
Problemstellung	1
B.	
Die Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung durch das Grundgesetz	4
I. Teil: Klärung der Ausgangsstellung und Gang der Untersuchung	4
II. Teil: Der Inhalt der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung nach dem Wortlaut des Art. 28 II 1 GG	12
1. "Gewährleistung"	12
2. "Das Recht der Selbstverwaltung der Gemeinden"	13
3. "Alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft regeln"	16
4. "In eigener Verantwortung"	45
5. "Im Rahmen der Gesetze"	51
6. "Durch demokratisch legitimierte Organe"	61
7. Die Bedeutung von Landesverfassungsrecht oder sonstigem Landesrecht für die Auslegung des Art. 28 II 1 GG	62
8. Ergebnis	63
III. Teil: Der Einfluß der "Konstitutionsprinzipien" des Grundgesetzes auf den Inhalt der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung in Art. 28 II 1 GG	67
1. Das Grundgesetz als wertgebundene Ordnung unseres Staates, mit entsprechenden "Konstitutionsprinzipien"	67
2. Das "freiheitliche" Prinzip ("die örtliche Gemeinschaft" - "in eigener Verantwortung")	71

	Seite
3. Das "soziale" Prinzip ("im Rahmen der Gesetze")	75
4. Das "demokratische" Prinzip ("demokratisch legitimierte Organe")	87
5. Ergebnis	92
IV. Teil: Die Problematik der "institutionellen Verfassungsgarantien" im Hinblick auf die Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung durch das Grundgesetz	99
1. Die Verfassungsrechtslage der Weimarer Republik als Ausgangspunkt der Lehre von den "institutionellen Garantien" der Verfassung	100
2. Carl Schmitts Lehre von den "institutionellen Garantien" der Verfassung als Teil seiner Verfassungslehre	106
3. Die Modifizierung dieser Lehre durch Friedrich Klein	121
4. Zwischenergebnis	139
5. Die neueren Forschungen Friedrich Kleins über die "verfassungsrechtlichen Einrichtungsgarantien"	141
6. Der Beitrag Christoph Sasses zur Lehre von den "verfassungsrechtlichen Bestandsgarantien"	148
7. Versuch einer eigenen Bestimmung der Rechtsfigur der "institutionellen Verfassungsgarantie"	155
8. Die Verwendbarkeit dieser Rechtsfigur im Verfassungsrecht des Grundgesetzes	161
9. Die Anwendbarkeit der Rechtsfigur der "institutionellen Verfassungsgarantie" auf Art. 28 II 1 GG, Ergebnis	168
V. Teil: Vergleich der gewonnenen Ergebnisse mit den bisher in Schrifttum und Rechtsprechung vertretenen Meinungen	179
1. Der grundsätzliche Unterschied	179
2. "Alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze regeln"	187
3. "Im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung"	213

4. "Durch demokratisch legitimierte Organe"	236
---	-----

C.

Zusammenfassung	252
-----------------	-----

Schrifttum

(Soweit ein Verfasser mit mehreren Schriften vertreten ist, wird außer seinem Namen jeweils der unterstrichene Titelauszug zitiert)

- W. Abendroth Diskussionsbeitrag zum Referat: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStL Heft 12 (1954), S. 85 ff.
- Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaats im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland,
Festschrift für Ludwig Bergstraesser, Düsseldorf 1954, S. 279 ff.
- Innerparteiliche und innerverbandliche Demokratie als Voraussetzung der politischen Demokratie,
Politische Vierteljahresschrift 1964, S. 307 ff.
- W. Albers Die Aufgaben- und Einnahmenverteilung auf die öffentlichen Gebietskörperschaften und die gemeindliche Selbstverwaltung,
Archiv für Kommunalwissenschaften 1962, S. 65 ff.
- G. Anschütz Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Kommentar, 14. Aufl. Berlin 1933.
- A. Arndt Das nichterfüllte Grundgesetz, Tübingen 1960.
- O. Bachof Verfassungswidrige Verfassungsnormen?, Tübingen 1951.
- Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStL Heft 12 (1954), S. 37 ff.
- Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts,
JZ 1957, S. 334 ff.
- E. Becker Die Selbstverwaltung als verfassungsrechtliche Grundlage der kommunalen Ordnung in Bund und Ländern,
H. Peters: Handbuch der kommunalen Wissen-

schaft und Praxis, I. Bd.,
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1956, S. 111 ff.

Der Finanzausgleich, der Verwaltungsverbund
und die Selbstverwaltungsgarantie,
Kommunale Finanzen,
Bd. 8 der Schriftenreihe der Hochschule
Speyer,
Stuttgart 1960, S. 20 ff.

Kommunale Selbstverwaltung,
K. A. Bettermann - H. C. Nipperdey:
Die Grundrechte, IV. Bd., 2. Halbband,
Berlin 1962, S. 673 ff.

E. Bohley Die Behandlung der Gemeinden im Grundge-
setz und in der Bayerischen Verfassung,
Bay. Bürgermeister 1949, S. 265 ff, und
1950, S. 5/6.

H. L. Brill Studien zur Entstehung und Entwicklung der
deutschen Selbstverwaltung,
Diss. Jena 1929.

Die Freiheitsrechte und die menschliche Ge-
meinschaft,
Recht - Staat - Wirtschaft,
IV. Bd., Düsseldorf 1953, S. 17 ff.

W. Cantner Verfassungsrecht der Landkreise,
H. Peters: Handbuch der kommunalen Wissen-
schaft und Praxis, I. Bd.,
Berlin - Göttingen - Heidelberg 1956, S. 409 ff.

J. David Die Satzungsgewalt der Gemeinden in Nord-
rhein-Westfalen,
2. Aufl. Münster 1961.

A. Dregger Probleme der Auftragsverwaltung,
Städtetag 1955, S. 190 ff.

G. Dürig Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat,
JZ 1953, S. 193 ff.

Besprechung von Chr. Fr. Menger:
Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im
Bonner Grundgesetz,
AöR 79 (1953/54), S. 254 ff.

- G. Dürig Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde,
AöR 81 (1956), S. 117 ff.
bei Th. Maunz - G. Dürig,
Grundgesetz,
Kommentar,
München - Berlin 1960.
- H. Ehmke Grenzen der Verfassungsänderung,
Berlin 1953.
- R. Elleringmann Grundlagen der Kommunalverfassung und der
Kommunalaufsicht,
Stuttgart 1957.
- E. Fechner Die private Sphäre in der Gegenwart,
Recht - Staat - Wirtschaft,
III. Bd., Düsseldorf 1951, S. 31 ff.
Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat,
Tübingen 1953.
- E. Forsthoff Verfassungsprobleme des Sozialstaats,
Münster 1954.
Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
1. Bd., Allgemeiner Teil,
8. Aufl., München - Berlin 1961.
Zur Problematik der Verfassungsauslegung,
Stuttgart 1961.
Rechtsstaat im Wandel,
Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950 - 1964,
Stuttgart 1964,
1. Vorwort (1963), S. 7 ff;
2. Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats,
(1953), S. 27 ff,
(=VVDStL Heft 12 (1954), S. 8 ff);
3. Die Umbildung des Verfassungsgesetzes,
(1959), S. 147 ff,
(=Festschrift für Carl Schmitt,
Berlin 1959, S. 35 ff);
4. Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20
Abs. 3 GG),
(1959), S. 176 ff,
(=DÖV 1959, S. 41 ff);

5. Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung,
(1963), S. 213 ff,
(=Der Staat, 2. Bd. 1963, S. 385 ff).
- E. Friesenhahn Die politischen Grundlagen des Bonner Grundgesetzes,
Recht - Staat - Wirtschaft,
II. Bd., Stuttgart - Köln 1950, S. 164 ff.
Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts,
Recht - Staat - Wirtschaft,
II. Bd., Stuttgart - Köln 1950, S. 239 ff.
Staatsrechtslehrer und Verfassung,
Recht - Staat - Wirtschaft,
III. Bd., Düsseldorf 1951, S. 51 ff.
- G. Geller - K. Kleinrahm Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen,
Kommentar,
2. Aufl. (bearbeitet von K. Kleinrahm - H. J. Fleck), Göttingen 1963.
- Gelzer Echte und unechte Selbstverwaltung,
DVBl. 1958, S. 87 ff.
- W. E. Genzer Was bedeutet der Artikel 28 ?,
StädteTag 1950, S. 314 ff.
- H. Gerber Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes,
AöR 81 (1956), S. 1 ff.
- Fr. Glum Das Recht der Selbstverwaltung der Gemeinden und Gemeindeverbände nach Art. 127 der Reichsverfassung,
AöR 56 (1929), S. 379 ff.
- O. Gönnenwein Die Kommunalaufsicht als Rechtsaufsicht,
Gedächtnisschrift für Walter Jellinek,
München 1955, S. 511 ff.
Zu einigen Fragen des heutigen Gemeinde-rechts,
AöR 81 (1956), S. 214 ff.
Besprechung mehrerer Kommentare zu Gemeindeordnungen,
AöR 81 (1956), S. 258 ff.

- O. Gönnerwein Gemeinderecht,
Tübingen 1963.
- H. Görg Sind Kommunalbeamte mittelbare Staatsbeamte ?,
ZBR 1954, S. 332 ff.
- Kommunales Dienstrecht,
H. Peters: Handbuch der kommunalen Wissen-
schaft und Praxis, II. Bd.,
Berlin - Göttingen - Heidelberg 1957, S. 44 ff.
- Die kommunalen Wahlbeamten,
ZBR 1958, S. 65 ff.
- Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtige
Problematik des kommunalen Finanzsystems,
Kommunale Finanzen,
Bd. 8 der Schriftenreihe der Hochschule
Speyer,
Stuttgart 1960, S. 7 ff.
- Bundesauftragsangelegenheiten der Gemeinden
und Gemeindeverbände und ihre Pflichtaufgaben
nach Weisung,
DÖV 1961, S. 41 ff.
- W. Grafe Gemeindliche Personalhoheit unter Selbstver-
waltungsgarantie,
DÖV 1955, S. 650 ff.
- W. Grundmann Die Rathausparteien,
Göttingen 1960.
- A. Hamann Das Grundgesetz,
Kommentar,
2. Aufl., Neuwied - Berlin 1961.
- H. v. Hausen Die Gemeinde und der Staat,
DÖV 1959, S. 406 ff.
- R. Hauser Der Staat als sittliches Problem,
Recht - Staat - Wirtschaft,
IV. Bd., Düsseldorf 1953, S. 9 ff.
- H. Heller Rechtsstaat oder Diktatur ?,
Tübingen 1930.
- W. Henrichs Die Rechtsprechung zur Verfassungsgarantie
der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland,
DVBl. 1954, S. 728 ff.

- H. Herzfeld Demokratie und Selbstverwaltung in der Weimarer Epoche,
Stuttgart 1957.
- K. Hesse Die normative Kraft der Verfassung,
Tübingen 1959.
- Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des
Grundgesetzes,
Festgabe für Rudolf Smend,
Tübingen 1962, S. 71 ff.
- K. M. Hettlage Die Gemeinden in der Finanzverfassung,
Archiv für Kommunalwissenschaften 1964,
S. 1 ff.
- Fr. A. Frh. v. d. Heydte bei Fr. A. Frh. v. d. Heydte - K. Sacherl,
Soziologie der deutschen Parteien,
München 1955.
- E. v. Hippel Das richterliche Prüfungsrecht,
HdbDStR II. Bd.,
Tübingen 1932, S. 546 ff.
- Ungeschriebenes Verfassungsrecht,
VVDStL Heft 10 (1952), S. 1 ff.
- Zur Problematik der Grundbegriffe des öffentlichen Rechts,
Gedächtnisschrift für Walter Jellinek,
München 1955, S. 21 ff.
- A. Hollerbach Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung ?,
AöR 85 (1960), S. 241 ff.
- E. R. Huber Wirtschaftsverwaltungsrecht,
1. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1953.
- Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht,
DÖV 1956, S. 200 ff.
- Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen
Industriegesellschaft,
Oldenburg 1962.
- H. Huber Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats,
Festgabe für Z. Giacometti,
Zürich 1953, S. 59 ff.

- H. P. Ipsen Über das Grundgesetz,
Hamburg 1950.

Enteignung und Sozialisierung,
VVDStL Heft 19 (1952), S. 74 ff.

Gemeindliche Personalhoheit unter Selbstver-
waltungsgarantie,
DÖV 1955, S. 225 ff.
- O. Jacob Kommunalwahlrecht in Bewegung,
NJW 1960, S. 1929 ff.
- H. Jahrreiß Freiheit und Sozialstaat, vom Bürgersinn,
Krefeld 1957.
- D. Jesch Rechtsstellung und Rechtsschutz der Gemeinden
bei der Wahrnehmung "staatlicher" Aufgaben,
DÖV 1960, S. 739 ff.

Gesetz und Verwaltung,
Tübingen 1961.
- H. Jobst Wie steht es um die Gemeinden ?,
Befürchtungen und Hoffnungen für ihre Selbst-
verwaltung,
München 1960.
- H. Junker Gemeinschaftsaufgaben zwischen Staat und Ge-
meinden (Gemeindeverbänden) unter der Selbst-
verwaltungsgarantie,
Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund, Ländern
und Gemeinden,
Band 11 der Schriftenreihe der Hochschule
Speyer,
Berlin 1961, S. 79 ff.
- W. Kägi Die Verfassung als rechtliche Grundordnung
des Staates,
Zürich 1945.

Rechtsstaat und Demokratie,
Antinomie und Synthese,
Festgabe für Z. Giacometti,
Zürich 1953, S. 107 ff.
- E. Kaufmann Die Grenzen des verfassungsmäßigen Verhal-
tens nach dem Bonner Grundgesetz,
insbesondere: Was ist unter einer freiheitlich -

demokratischen Grundordnung zu verstehen ?,
Gesammelte Schriften,
I. Bd. (Autorität und Freiheit),
Göttingen 1960, S. 515 ff.

Grundrechte und Wohlfahrtsstaat,
Gesammelte Schriften,
I. Bd. (Autorität und Freiheit),
Göttingen 1960, S. 589 ff;
(= Recht - Staat - Wirtschaft,
IV. Bd., Düsseldorf 1953, S. 77 ff).

Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie,
Gesammelte Schriften,
III. Bd. (Rechtsidee und Recht),
Göttingen 1960, S. 176 ff.

Carl Schmitt und seine Schule,
Offener Brief an Ernst Forsthoff,
Gesammelte Schriften,
III. Bd. (Rechtsidee und Recht),
Göttingen 1960, S. 375 ff.

Keßler Der Bund und die Kommunalpolitik,
DVBl. 1953, S. 1 ff.

W. Klatt Die Behandlung der Gemeinden im Grundge-
setz und in der Bayerischen Verfassung,
Bay. Bürgermeister 1950, S. 99 ff.

Fr. Klein Institutionelle Garantien und Rechtsinstituts-
garantien,
Breslau 1934.

Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat,
Ztschr. f. d. ges. StW. Bd. 106, (1950),
S. 390 ff.

bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein,
Das Bonner Grundgesetz,
Kommentar,
2. Aufl., Berlin - Frankfurt 1957.

L. v. Köhler Die Entwicklung des Gemeindeverfassungs-
rechts seit der Revolution,
VVDStL Heft 2 (1925), S. 181 ff.

A. Köttgen Gemeindliches Satzungsrecht und Grundgesetz,
DVBl. 1955, S. 445 ff.

- A. Köttgen Wesen und Rechtsform der Gemeinden und Gemeindeverbände,
H. Peters: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, I. Bd.,
Berlin - Göttingen - Heidelberg 1956, S. 185 ff.
Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber,
Stuttgart 1957.
Parteibegriff und Gemeindewahlrecht,
DVBl. 1958, S. 593 ff.
Sicherung der gemeindlichen Selbstverwaltung,
Münster 1960.
Kommentare zum Grundgesetz,
Eine kritische Betrachtung,
AöR 85 (1960), S. 65 ff.
- O. Kollmann Zur verfassungsrechtlichen Sicherung der Selbstverwaltung,
DÖV 1951, S. 145 ff.
- H. Krüger Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung,
DVBl. 1951, S. 361 ff.
Neues zur Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung und deren Schranken,
NJW 1955, S. 201 ff.
Der Wesensgehalt der Grundrechte
i. S. des Art. 19 GG,
DÖV 1955, S. 597 ff.
- W. Laforet Verwaltung und Ausführung der Gesetze nach dem Bonner Grundgesetz,
DÖV 1949, S. 221 ff.
- G. Leibholz Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie im 20. Jahrhundert,
2. Aufl., Berlin 1960.
- P. Lerche Übermaß und Verfassungsrecht,
Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit,
Köln - Berlin - München - Bonn 1961.
- W. Loschelder Die Gemeindeordnungen in den Westdeutschen Ländern und die Verfassungen von Berlin, Ham-

- burg und Bremen,
2. Aufl., Stuttgart - Köln 1956,
Einführung (S. 9 ff).
- Die Entwicklung des Kommunalverfassungs-
rechts seit 1945,
DÖV 1959, S. 409 ff.
- H. v. Mangoldt Das Bonner Grundgesetz,
Kommentar,
Berlin - Frankfurt 1953.
- Chr. Masson Gemeindeaufgaben im Schutz der Verfassung,
Bay VBl. 1958, S. 161 ff. und S. 197 ff.
- Th. Maunz Anmerkung
zum Urteil des Bd. Verwaltungsgerichtshofs
vom 23. 8. 1950,
VerwRspr. 4, S. 196 ff (S. 210 ff).
- bei Th. Maunz - G. Dürig,
Grundgesetz,
Kommentar,
München - Berlin 1960.
- Deutsches Staatsrecht,
10. Aufl., München - Berlin 1961.
- Chr. Fr. Menger Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im
Bonner Grundgesetz,
Tübingen 1953.
- K. Müller Zur Problematik der Genehmigungsvorbehalte
im Kommunalrecht,
Verwaltungsarchiv Bd. 54 (1963), S. 170 ff.
- H. Muthling Zur verfassungsrechtlichen Sicherung der
Selbstverwaltung,
DÖV 1951, S. 33/34.
- H. Muntzke - H. Schlempp Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung,
Bad Homburg v. d. H. - Berlin 1954.
- R. Neuhoﬀ Kommunale Selbstverwaltung und Bonner
Grundgesetz,
DÖV 1952, S. 259 ff.
- H. C. Nipperdey Die Würde des Menschen,
Neumann - Nipperdey - Scheuner:
Die Grundrechte, II. Bd., Berlin 1954, S. 1 ff.

- H. Pagenkopf Einführung in die Kommunalwissenschaft,
2. Aufl., Münster 1960.
- K. J. Partsch Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft
(Art. 28 Abs. 2 S. 1 des GG),
Festschrift für C. Bilfinger,
Köln - Berlin 1954, S. 301 ff.
- H. Peters Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung
in Preußen,
Berlin 1926.
- Rechtsstaat und Rechtssicherheit,
Recht - Staat - Wirtschaft,
III. Bd., Düsseldorf 1951, S. 66 ff.
- Entwicklungstendenzen der Demokratie in
Deutschland seit 1949,
Festgabe für Z. Giacometti,
Zürich 1953, S. 229 ff.
- Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als
Verfassungsziel,
Festschrift für Rudolf Laun,
Hamburg 1953, S. 669 ff.
- Kommunalwissenschaften und Kommunalpolitik,
H. Peters: Handbuch der kommunalen Wissen-
schaft und Praxis, I. Bd.,
Berlin - Göttingen - Heidelberg 1956, S. 1 ff.
- L. Raiser Vertragsfreiheit heute,
JZ 1958, S. 1 ff.
- Rechtliche Ordnung des Parteiwesens
Bericht der vom Bundesminister des Innern
eingesetzten Parteienrechtskommission,
2. Aufl., Frankfurt - Berlin 1958.
- W. Reuss - K. Jantz Sozialstaatsprinzip und soziale Sicherheit,
Stuttgart 1960
- F. Rietdorf Die Finanzverantwortung des Bundes gegen-
über den Gemeinden,
DÖV 1953, S. 225 ff.
- Die Grundsätze des neuen Nordrhein-West-
fälischen Ordnungsbehördengesetzes,
DÖV 1957, S. 7 ff.

- F. Rietdorf Gedanken zum Nordrhein-Westfälischen Ordnungsbehördengesetz,
DVBl. 1958, S. 344 ff.
- Chr. Sasse Die verfassungsrechtliche Problematik von Steuerreformen,
AöR 85 (1961), S. 423 ff.
- H. Sattler Gemeindliche Finanzverfassung,
Bedeutung gemeindlicher Finanzhoheit für die Selbstverwaltung,
H. Peters: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, III. Bd.,
Berlin - Göttingen - Heidelberg 1959, S. 1 ff.
- H. Schäfer Die Verfassungsbeschwerde der Gemeinden und Gemeindeverbände,
DÖV 1951, S. 572 ff.
- Scheerbarth Gibt es weiterhin "Auftragsangelegenheiten" im Lande Nordrhein-Westfalen ?,
DVBl. 1953, S. 261 ff.
- U. Scheuner Grundfragen des modernen Staates, Recht - Staat - Wirtschaft,
III. Bd., Düsseldorf 1951, S. 126 ff.
- Rudolf Smend - Leben und Werk, Festschrift für Rudolf Smend,
Göttingen 1952, S. 433 ff.
- Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, Recht - Staat - Wirtschaft,
IV. Bd., Düsseldorf 1953, S. 88 ff.
- Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft,
VVDStL Heft 11 (1954), S. 1 ff.
- Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland,
Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860 - 1960,
II. Bd., Karlsruhe 1960, S. 229 ff.
- Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre, Festgabe für Rudolf Smend,
Tübingen 1962, S. 225 ff.

- C. Schmitt Grundrechte und Grundpflichten (1932),
Verfassungsrechtliche Aufsätze,
 Berlin 1958, S. 181 ff.
- Freiheitsrechte und institutionelle Garantien
 der Reichsverfassung (1931),
Verfassungsrechtliche Aufsätze,
 Berlin 1958, S. 140 ff.
- Verfassungslehre,
 3. Aufl., Berlin 1957.
- P. Schneider In Dubio pro Libertate,
 Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben,
 Festschrift zum 100jährigen Bestehen des
 Deutschen Juristentages 1860 - 1960,
 II. Bd., Karlsruhe 1960, S. 263 ff.
- A. Schüle Demokratie als politische Form und als Lebens-
 form,
 Festschrift für Rudolf Smend,
 Göttingen 1952, S. 321 ff.
- D. Schweer Die Pflichtaufgaben nach Weisung nach der
 Gemeindeordnung von Nordrhein-Westfalen,
 DVBl. 1956, S. 703 ff.
- R. Smend Das Recht der freien Meinungsäußerung,
 VVDStL Heft 4 (1928), S. 44 ff;
 (= Staatsrechtliche Abhandlungen,
 Berlin 1955, S. 89 ff).
- Verfassung und Verfassungsrecht (1928),
 Staatsrechtliche Abhandlungen,
 Berlin 1955, S. 119 ff.
- Stichwort "Integrationslehre",
 Handwörterbuch der Sozialwissenschaften,
 5. Bd., Stuttgart - Tübingen - Göttingen 1956.
- F. Stier-Somlo Handbuch des kommunalen Verfassungsrechts
 in Preußen,
 2. Aufl., Mannheim - Berlin - Leipzig 1928.
- W. Thieme Liberalismus und Grundgesetz,
 Ztschr. f. d. ges. StW., Bd. 113 (1957), S. 285 f.
- E. v. Turegg - E. Kraus Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
 4. Aufl., Berlin 1962.

- E. Walz Gemeindeverfassungsrecht in den Ländern der süddeutschen Ratsverfassung,
H. Peters: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, I. Bd.,
Berlin - Göttingen - Heidelberg 1956, S. 235 ff.
- W. Weber Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem,
Stuttgart 1951.
- Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart,
Göttingen 1953.
- Die Verfassung der Bundesrepublik in der Bewährung,
Göttingen 1957.
- F. Werner Kommunale Selbstverwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit,
DVBl. 1952, S. 549 ff.
- Sozialstaatliche Tendenzen in der Rechtsprechung,
AöR 81 (1956), S. 84 ff.
- K. G. Wernicke im Kommentar zum Bonner Grundgesetz,
Hamburg 1954.
- J. M. Wintrich Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung,
Festschrift für W. Laforet,
München 1952, S. 227 ff.
- Die Rechtsprechung des bayerischen Verfassungsgerichtshofs,
Recht - Staat - Wirtschaft,
IV. Bd., Düsseldorf 1953, S. 139 ff.
- Zur Problematik der Grundrechte,
Köln-Opladen 1957.
- Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2 I GG,
Festschrift für Willibalt Apelt,
München - Berlin 1958, S. 1 ff.
- G. Wixforth Die gemeindliche Finanzhoheit und ihre Grenzen,
Diss. Siegburg 1964.
- M. Woite Die Kompetenzaufteilung im Landkreis und im Amt,
Diss. Köln - Berlin 1963.

XVIII

H. J. Wolff

Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende
Grundentscheidungen als Rechtsquellen,
Gedächtnisschrift für Walter Jellinek,
München 1955, S. 33 ff.

K. Zuhorn

Gemeindeverfassung,
Siegburg 1954.

Abkürzungen

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (zitiert nach Band und Erscheinungsjahr)
AS	Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz (Koblenz)
Bayer. Bürgermeister	Der Bayerische Bürgermeister
Bayer. VGHE	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (Neue Folge)
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
Bd.	Band
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Amtliche Sammlung)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Amtliche Sammlung)
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Amtliche Entscheidungssammlung
Erl.	Erläuterung
GO	Gemeindeordnung
GS NW	Sammlung des bereinigten Landesrechts Nordrhein-Westfalen (1945 - 1956)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GV NW	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen

HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von G. Anschütz und R. Thoma, Tübingen, I. Bd. 1930, II. Bd. 1932.
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
J. ö. R.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
KWG	Kommunalwahlgesetz
N. F.	Neue Folge
NRW	Nordrhein-Westfalen
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg und des Ver- fassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein- Westfalen (Amtliche Sammlung)
Rdn.	Randnote
s. o.	siehe oben
Städtetag	Der Städtetag
s. u.	siehe unten
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VVDStL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (zitiert nach Heft und Erschei- nungsjahr)
WRV (=WeimRV)	Weimarer Reichsverfassung (vom 11. August 1919)
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
Ztschr.f.d.ges.StW.	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

A. Problemstellung

Gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland "muß den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln". Wie die Erfahrung lehrt, bereitet die Auslegung dieses Satzes der Praxis wie der Rechtswissenschaft erhebliche Schwierigkeiten. Dies liegt einmal an der langen, wechselvollen Geschichte der gemeindlichen Selbstverwaltung in Deutschland - mit mehrfach veränderten Zielsetzungen und Inhalten -, nicht minder aber an der Unsicherheit der Beteiligten bei der Auslegung des Grundgesetzes überhaupt.

Wie alles Normative beansprucht das Grundgesetz - und zwar als "Verfassung" der Bundesrepublik (1), d. h. als "rechtliche Grundordnung" unseres Staates, als "Norm der Normen", von der alles weitere Recht abgeleitet wird, Rechtfertigung und Geltungsgrund erhält, in besonderem Maße - seine Befolgung und Umsetzung in die Wirklichkeit des Staatslebens (2).

Ergeben sich daher Zweifel über den Willen dieser Verfassung, so müssen sie im Wege der Auslegung beseitigt werden, damit der wahre Wille zur Geltung kommt. So zwingt auch die offensichtliche Unsicherheit

-
- 1) Über das Grundgesetz als "Vollverfassung" s. u. im Text unter B I.
 - 2) S. vor allem W. Kägi, Grundordnung, passim, insbes. S. 41/42; ebenso A. Hamann, S. 1; Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, S. 24 ff. - S. auch Art. 20 III GG: "Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden". Darüber, daß als "Verfassung" nur ein System von obersten Rechtsnormen in Frage kommt, s. außerdem z. B. A. Arndt, Grundgesetz, S. 3; O. Bachof, Verfassungsnormen, S. 25; H. Ehmke, Grenzen, insbes. S. 52; K. Hesse, Die normative Kraft, passim, insbesondere S. 8 ff; D. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 68; U. Scheuner, Grundfragen, S. 132/33. Speziell für Art. 28 II 1 GG s. A. Köttgen, Sicherung, S. 10; "Dieses wie alle anderen verfassungsrechtlich verordneten Leitbilder verpflichtet die Praxis in Gesetzgebung und Verwaltung zu seiner optimalen Beachtung".

der staatlichen Gesetzgebung (3) wie der Gerichte (4), aber auch der Verwaltung (5) in Fragen des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts dazu, sich erneut mit der Verfassungsgewährleistung des Art. 28 II 1 GG auseinanderzusetzen.

Im folgenden soll versucht werden, Inhalt und Reichweite der Gewährleistung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts durch das Grundgesetz neu zu bestimmen. Dabei wird sich zeigen, daß Art. 28 II 1 GG als unselbständiger, weil durch die "Konstitutions"- (6) oder "Leit-

- 3) Dies zeigten erst kürzlich insbesondere die Kommunalwahlgesetze mehrerer Länder, die vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt wurden (Einzelheiten s. u. im Text unter B V 4); ebenfalls zweifelhaft ist die Verfassungsmäßigkeit einzelner Bestimmungen der Bundesgesetze über die Sozialhilfe (vom 30. 6. 1961, BGBl. I S. 815, § 10 III und IV) und über die Jugendwohlfahrt (i.d. F. vom 11. 8. 1961, BGBl. I, S. 1206, § 5 I, II und III). Schließlich ist auch die Verfassungsmäßigkeit der Gewährung höherer Freibeträge bei der Gewerbesteuer durch den Bund - zulasten der Gemeinden - umstritten.
- 4) Hier seien aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts einerseits das Urteil vom 23. 1. 1957 über die 5 % Sperrklausel im NRW-Kommunalwahlrecht, BVerfGE 6, S. 104 ff, insbesondere S. 117/18, andererseits die Entscheidungen über mehrere Landeskommunalwahlgesetze, insbesondere der Beschluß zum Saarländischen Kommunalwahlgesetz vom 12. 7. 1960, in BVerfGE 11, S. 266 ff, genannt (Einzelheiten u. unter B V 4).
- 5) Die für die Ausübung des staatlichen Aufsichtsrechts über die gemeindliche Selbstverwaltung zuständige Exekutive scheint weitgehend im Ungewissen über die Reichweite ihrer Rechte, was sich allerdings i.d.R. in einer zu zurückhaltenden Handhabung der Aufsichtsmittel auswirkt.
- 6) Dieser von E. v. Hippel geprägte Begriff (zuerst in G. Anschütz - R. Thoma, HdbDStR, II. Bd., Tübingen 1932, S. 548/49; grundlegend dann - insbesondere im Hinblick auf die notwendige Wertbezogenheit jeglicher Rechtsverfassung - in Ungeschriebenes Verfassungsrecht, S. 1 ff, insbesondere S. 6, S. 11 ff, S. 30) wird hier - u. a. in Übereinstimmung mit G. Dürig und J. Wintrich (G. Dürig, Menschenwürde, S. 119, und bei Th. Maunz - G. Dürig, Grundgesetz, Rdn. 17 zu Art. 1 GG; J. Wintrich, Eigenart und Methode, S. 232, und Problematik, S. 10) und dem Bundesverfassungsgericht (BVerfGE

prinzipien" (7) unserer im Grundgesetz enthaltenen Staatsverfassung bedingter Bestandteil derselben gesehen werden muß und folglich nur bei richtigem Verständnis dieser Staatsverfassung seinerseits richtig begriffen werden kann (8) (9).

6, S. 36) - verwandt zur Bezeichnung der durch das Menschenbild des Grundgesetzes bedingten "grundlegenden Prinzipien" (W. Kägi, Grundordnung, S. 66), die Inhalt und Struktur unserer gesamten Verfassung bestimmen.

- 7) S. D. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 69, und das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 2, S. 380 ff, 4. Leitsatz).
- 8) S. z. B. das Bundesverfassungsgericht im "Südweststaat-Urteil" vom 23. 10. 1951, BVerfGE 1, S. 14 ff, 4. Leitsatz: "Die einzelne Verfassungsbestimmung kann nicht isoliert betrachtet und allein aus sich heraus ausgelegt werden. Aus dem Gesamthalt der Verfassung ergeben sich gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze und Grundentscheidungen, denen die einzelnen Verfassungsbestimmungen untergeordnet sind. Diese sind deshalb so auszulegen, daß sie mit den elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Verfassungsgesetzgebers vereinbar sind"; ebenso BVerfGE 2, S. 380, 4. Leitsatz, wonach das Verfassungsrecht nicht nur aus den einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung besteht, sondern auch aus gewissen sie verbindenden Leitideen, die für den Verfassungsgeber das vorverfassungsmäßige Gesamtbild geprägt haben.
- 9) In diesem Sinne schon R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 189 und 190 sowie S. 233 ff, 238/39, und A. Hensel, Grundrechte und politische Weltanschauung, S. 7 ff; ebenso z. B. H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, S. 101 ff, H. Gerber, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, S. 38; A. Köttgen, Kommentare zum Grundgesetz, in A.ö.R. 85 (1960), S. 79; H. Peters, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit, S. 671; U. Scheuner, Grundfragen des modernen Staates, S. 137 - 139, und in VVDStL, Heft 11 (1954), S. 20/21.

B. Die Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung durch das Grundgesetz

I. Teil : Klärung der Ausgangsstellung und Gang der Untersuchung.

Angemessen der abnormen staatsrechtlichen Lage Deutschlands zur Zeit seiner Entstehung - Aufspaltung des früheren deutschen Staatsgebiets in mehrere Teile, Herrschaft der Besatzungsmächte - und der ungewöhnlichen Art seines Zustandekommens - Fehlen einer vom Volk beauftragten "verfassungsgebenden Nationalversammlung", bestimmen der Einfluß fremder Mächte - war das "Grundgesetz" (10) zunächst nur als Provisorium gedacht, "um dem staatlichen Leben (eines Teils Deutschlands!) für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben" (11) (12).

Tatsächlich wurde das Grundgesetz jedoch schon vom Parlamentarischen Rat zur "Vollverfassung" ausgebaut; insbesondere die Erklärung der Unantastbarkeit der wesentlichen Prinzipien des Grundgesetzes durch Art. 79 III sowie die mehrfache Hervorhebung der durch das Grundgesetz geschaffenen "verfassungsmäßigen Ordnung" (z. B. Art. 2 I und 20 III) machen seinen "Verfassungs"-Anspruch deutlich (13).

Wurde anfangs diese "Kompetenzüberschreitung" des Parlamentarischen

-
- 10) Schon die Bezeichnung "Grundgesetz" - im Gegensatz zu "Verfassung" - sollte die Vorläufigkeit des Geschaffenen zum Ausdruck bringen; s. z.B. J.ö.R., N.F. Bd. 1, S. 14 ff.
 - 11) So die Präambel des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949.
 - 12) S. insbesondere R. Laun, zit. bei H.P. Ipsen, Grundgesetz, S. 7, und H.P. Ipsen, ebendort, passim; W. Grewe, Grundlagen, S. 313 ff; H. v. Mangoldt, Einleitung und S. 25 ff, S. 33; U. Scheuner, Grundfragen des modernen Staates, S. 131/132; W. Weber, Spannungen und Kräfte, passim, insbesondere S. 8 ff; so auch Dennewitz-Wernicke im Bonner Kommentar, Einleitung, S. 39 ff und Erl. zur Präambel, S. 1 ff, und J.ö.R., N.F. Bd. 1, S. 14 ff.
 - 13) S. hierzu die in Anm. 12 genannten Fundstellen, insbesondere W. Grewe, H.P. Ipsen (S. 12), H. v. Mangoldt und W. Weber (S. 14).

Rates schwer gerügt (14), so setzte sich mit der Zeit doch immer mehr die Erkenntnis durch, daß gerade wegen der soeben überstandenen staatlichen Zustände und zur Vermeidung ihrer Wiederkehr möglichst bald eine neue, durch ihren positiven Gehalt verpflichtende Ordnung des staatlichen Lebens geschaffen werden mußte (15), die dann allerdings ihrerseits wieder nur Vorstufe einer endgültigen gesamtdeutschen Staatsordnung sein sollte. So stellt das Grundgesetz trotz der räumlichen Beschränkung seiner Geltung auf ein Teildeutschland, trotz der Mängel seines Zustandekommens und trotz seiner zeitlichen Begrenzung bis zur Schaffung einer gesamtdeutschen staatlichen Ordnung inhaltlich doch eine echte "Verfassung" im Sinne einer umfassenden Ordnung des Gemeinschaftslebens innerhalb eines Staates dar (16), die sich dann allerdings auch eben als "umfassende Ordnung" in der

- 14) Insbesondere von W. Grewe, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Bundesrepublik Deutschland, DRZ 1949, S. 313 ff; H. P. Ipsen, Über das Grundgesetz, passim; H. v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Einleitung S. 21/22, und in VVDStL Heft 10 (1952), S. 151; besonders scharf W. Weber, Spannungen und Kräfte, passim, insbes. S. 14 ff.
- 15) So schon Th. Heuß in den Verhandlungen des Parlamentarischen Rates, zit. in J.ö.R., N.F. Bd. 1, S. 16; rückschauend sieht sich auch W. Weber zu einer entsprechenden Stellungnahme genötigt, s. Die Verfassung der Bundesrepublik in der Bewährung, S. 5 ff. S. insbes. auch die Entstehungsgeschichte der Grundrechte des Grundgesetzes, z. B. bei H. v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, S. 34 ff, und J.ö.R., N. F. Bd. 1, S. 41 ff.
- 16) So gehen die führenden Kommentatoren des Grundgesetzes wie auch insbesondere das zur verbindlichen Interpretation desselben berufene Bundesverfassungsgericht uneingeschränkt vom Verfassungsrang des Grundgesetzes aus; s. z. B. A. Hamann, Das Grundgesetz, S. 13 ff und S. 57 ff; Fr. Klein bei von Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, S. 23 ff; Th. Maunz - G. Dürig, - ohne jede Stellungnahme - ; das Bundesverfassungsgericht insbes. im "Südwest-Staat-Urteil" vom 23. 10. 1951, BVerfGE 1, S. 14 ff, Leitsätze 4 ("Verfassungsbestimmung", "Gesamtinhalt der Verfassung") und 21 ("verfassungsgebende Versammlung"). - Grundsätzlich zu dieser Frage H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, S. 80 ff.

Praxis des Staatslebens der Bundesrepublik bewähren muß (17). Wie weit dem Grundgesetz diese Aufgabe gelingt, hängt nicht zuletzt von seiner Auslegung als "Verfassung" ab, der daher eine besondere Verantwortung zufällt.

Da jede "Verfassung" als "rechtliche Grundordnung" des Staates die Vermutung für sich hat, die Grundlagen des betroffenen Staates - regelmäßig unter Ersetzung einer abweichenden früheren Verfassung (18) - selbständig neu und abschließend normativ zu regeln (19), müssen Staatspraxis und Rechtswissenschaft bei der Ermittlung des geltenden Verfassungsrechts zunächst von Wortlaut und Sinnzusammenhang des derzeitigen Verfassungstextes ausgehen; ein Rückgriff auf früheres Verfassungsrecht ist also nur ausnahmsweise zulässig, so z. B. wenn dieses ausdrücklich von der neuen Verfassung geboten wird (20) oder die neue Verfassung selbst Regelungen der früheren Verfassung übernimmt (21). In keinem Falle aber darf die Übernahme

- 17) S. hierzu insbes. H. P. Ipsen in seinem bahnbrechenden Referat "Enteignung und Sozialisierung" auf der Göttinger Staatsrechtslehrertagung im Oktober 1951, VVDStL Heft 10 (1952), S. 74 ff; besonders klar im Schlußwort, S. 170, wonach das Grundgesetz, da es die ursprüngliche Forderung, nur Provisorium zu sein, nicht eingehalten habe, nun als Vollverfassung gehandhabt werden und den Anforderungen, die die Realität des Staatslebens an die Verfassung stelle, genügen müsse.
- 18) Hierauf weist insbes. H. J. Wolff, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen, S. 50, hin.
- 19) S. u. Anmerkung 22.
- 20) S. z. B. Art. 33 Abs. 5 Grundgesetz, wonach das Recht des öffentlichen Dienstes "unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums" zu regeln ist. - Gerade diese Bestimmung führt im Wege des "argumentum e contrario" zu der im Text vertretenen Auffassung; denn gilt früheres Recht nur kraft ausdrücklicher Anerkennung durch die neue Verfassung weiter, so ist es überall dort durch die neue Verfassung beseitigt, wo es an einer solchen ausdrücklichen Anerkennung fehlt. Dies muß insbes. für das Recht der kommunalen Selbstverwaltung gelten. S. hierzu auch Art. 123 GG über das Weitergelten früherer Rechts.
- 21) S. z. B. Art. 140 GG, der die "Kirchenrechts-Artikel" der Weimarer RV, Art. 136 - 141, zum Bestandteil des Grundgesetzes erklärt.

früheren Verfassungsrechts - weil lediglich die neue Verfassung ausfüllend - den durch die "Konstitutionsprinzipien" der neuen Verfassung gesetzten Rahmen sprengen, erst recht nicht den Einzelschriften der neuen Verfassung widersprechen (22) (23). Dieser offenbar selbst-

-
- 22) Sinn und Zweck der Schaffung einer neuen Verfassung ist es ja gerade, die vorhandene staatliche Ordnung zu beseitigen und sie durch eine neue Ordnung zu ersetzen; ansonsten würde es genügen, die vorhandene Verfassung lediglich entsprechend zu ändern oder zu ergänzen. Dabei ist der Akt der Verfassungsgebung eben dadurch gekennzeichnet, daß der Verfassungsgeber - vorbehaltlich seiner Bindung an überpositive Normen - in seinem Entschluß völlig frei ist, insbesondere also auch darüber frei entscheiden kann, ob er im Rahmen der neuen Ordnung überhaupt an früheres Recht anknüpfen will und wenn, in welchem Umfang. In jedem Fall gilt dieses übernommene Recht dann als Teil der neuen Verfassungsordnung, so daß z. B. aus seiner "Weitergeltung" nicht etwa der Fortbestand sonstigen früheren Rechts gefolgert werden kann. Hierzu das BVerfG, E 1, S. 14 ff, 21. Leitsatz: "Eine verfassungsgebende Versammlung hat einen höheren Rang als die auf Grund der erlassenen Verfassung gewählte Volksvertretung. Sie ist im Besitz des "pouvoir constituant". Mit dieser besonderen Stellung ist es unverträglich, daß ihr von außen Beschränkungen auferlegt werden. Sie ist nur gebunden an die jedem geschriebenen Recht vorausliegenden überpositiven Rechtsgrundsätze ... Im übrigen ist sie ihrem Wesen nach unabhängig. Sie kann nur sich selbst Schranken auferlegen"; u. S. 61: "Sie schafft die neue (vom Verf. gesperrt), für den werden den Staat verbindliche, mit besonderer Kraft ausgestattete Verfassungsordnung". - Speziell zu dieser Frage auch H. J. Wolff, Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen, S. 50, und der Württ. Bad. VGH in VerwRspr. 4 (1952), S. 168. - Nicht unbedenklich daher die Meinung des Bayer. VerFGH, Entscheidung vom 21.12.1951 in Entscheidungen des Bayer. VGH, N. F. Bd. 4, II, S. 251 ff, wonach der Verfassungsgeber in der neuen Verfassung zum Ausdruck bringen muß, ob und inwieweit er vom alten Recht abweichen will! - Über das Grundgesetz als bewußte Neuordnung - insbes. i. S. v. "wertgebundener Ordnung" - s. z. B. A. Hamann, Das Grundgesetz, S. 17 ff, und das unter B III genannte Schrifttum; insbes. zum "sozialen Rechtsstaat" im Grundgesetz.
- 23) Daß der Verfassungsgeber dort, wo er autonom Recht setzt, d. h.

verständliche, von führenden Interpreten der Weimarer Reichsverfassung dennoch gröblich mißachtete (24) und auch heute noch nicht voll respektierte Tatbestand (25) gilt auch für die Auslegung der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung durch das Grundgesetz. Zwar

wo er - bei Anerkennung der Geltung überpositiver Normen wie durch das Grundgesetz, Art. 1 - nicht durch überpositives Recht gebunden ist, Ausnahmen zu den von ihm aufgestellten Grundsätzen vorsehen kann, ist selbstverständlich (vergl. O. Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen ?, S. 30/31, 37/38 und 42 und das in Anm. 22 wiedergegebene Zitat des BVerfG). Wegen des Ausnahmecharakters des Rückgriffes auf früheres Verfassungsrecht wird man aber in einem Falle, in dem der Verfassungsgeber einen Verfassungsgrundsatz neu normiert, mit der Annahme einer ausnahmsweisen Einschränkung dieses Grundsatzes durch Rückgriff auf früheres Verfassungsrecht besonders vorsichtig sein müssen. Jedenfalls reicht die Unvollständigkeit oder Mehrdeutigkeit eines Grundsatzes des neuen Verfassungsrechts bei abweichendem früheren Verfassungsrecht allein nicht aus, einen den neuen Grundsatz einschränkenden Rückgriff auf jenes abweichende frühere Verfassungsrecht anzunehmen.

- 24) S. hierzu die Kritik von H. Heller, Rechtsstaat oder Diktatur ?, S. 10/11; A. Hensel, Grundrechte und politische Weltanschauung, passim; E. Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz, passim, und Juristische Relationsbegriffe und Dingbegriffe, passim (grundsätzlich schon in Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, S. 176 - 78 (Vorwort) und 221 ff, 228 ff); R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, insbes. S. 233 ff und 260 ff, und Das Recht der freien Meinungsäußerung, insbes. S. 45 ff; H. Triepel in der Aussprache zum Smend'schen Referat zur Meinungsfreiheit in VVDStL Heft 4 (1928) S. 89/90. - S. auch C. Schmitt in Verfassungslehre, S. 176 ff, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, S. 140 ff, und bei Anschütz - Thoma, HdbDStR II, S. 575 ff, der allerdings auf seine Weise auch willkürlich verfährt, indem er Rechtsstaat und Demokratie einander entgegensetzt, Verfassungslehre, S. 125 ff und 200 ff (Einzelheiten hierzu unten im Text unter B IV). - Speziell zur Interpretation des in Art. 127 WRV gewährleisteten kommunalen Selbstverwaltungsrechts s. die Kritik von Fr. Glum, Das Recht der Selbstverwaltung der Gemeinden und Gemeindeverbände, insbes. S. 391 ff.
- 25) S. einerseits z.B. E. Forsthoff in mehreren Schriften (Einzelheiten und Kritik s. unten in den Anm. zu B III), zum anderen

enthält Art. 28 II 1 eine Legaldefinition des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts (26), die eine Interpretation nur in diesen ihren Grenzen zuläßt, so daß die angedeutete Auslegungsproblematik gar nicht vorzuliegen scheint. Diese Legaldefinition trifft jedoch nicht einen bisher rechtsleeren Raum an, den sie völlig neu und abschließend ausfüllt, sondern stößt auf einen traditionellen, in langer, wechselvoller Entwicklung gewordenen festen Bestand an "gemeindlicher Selbstverwaltung", der bereits weitgehend die Merkmale der in Art. 28 II 1 GG gewährleisteten gemeindlichen Selbstverwaltung erfüllt.

Diese Situation birgt die Gefahr in sich, daß die als Legaldefinition gewollte Bestimmung des Art. 28 II 1 GG lediglich als Umschreibung des vom Grundgesetz vorgefundenen, überlieferten Selbstverwaltungs-Bestandes, d. h. ohne spezifische eigene Bedeutung, angesehen und somit in ihrer Reichweite verkannt wird. Insbesondere die bisherige Auffassung von den "institutionellen Garantien" der Verfassung (27), zu denen auch die Gewährleistung der gemeindlichen Selbstverwaltung gezählt wird, bildet ein Einfallstor für eine überlebte, weil den "Konstitutionsprinzipien" unseres Grundgesetzes nicht gerecht werdende Auslegung des Art. 28 II 1 GG.

Die folgende Untersuchung geht daher zunächst vom Wortlaut des Art. 28 II 1 GG aus. Hier zeigt sich, daß das Grundgesetz in dieser Bestimmung das Recht der Selbstverwaltung der Gemeinden im Spannungsverhältnis örtliche - staatliche Gemeinschaft in seinen wesentlichen Merkmalen bereits derart klar umrissen und zugleich abschließend festgelegt, daß nur in den Grenzbereichen noch Zweifel bestehen bleiben. Andererseits sind diese Zweifel grundsätzlicher Art, ohne daß

die Versuche, den Begriff der kommunalen Selbstverwaltung unter Rückgriff auf früheres Selbstverwaltungsrecht - entgegen dem Wortlaut des Art. 28 II 1 GG - zu bestimmen (darüber s. unten im Text unter B IV und V). Allgemein zur Verwendbarkeit des überkommenen staatsrechtlichen Begriffsinstrumentariums - mit seinen praktischen Konsequenzen - unter der Geltung des Grundgesetzes s. D. Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 5 ff, 74/75, 171 ff.

- 26) Einzelheiten s. unten im Text unter B II 2, bes. Anm. 12.
- 27) S. vor allem C. Schmitt, Freiheitsrechte, S. 140 ff, und Fr. Klein, Institutionelle Garantien, passim; aus neuerer Zeit Chr. Sasse, Problematik, insbes. S. 441 ff. - Einzelheiten s. unten im Text unter B IV.

sich dem Art. 28 II 1 GG insoweit eindeutige Maßstäbe entnehmen ließen. Daher muß zur weiteren Klärung auf den Gesamtzusammenhang des Grundgesetzes zurückgegriffen werden, insbesondere auf seine "Konstitutionsprinzipien", wie sie in den Art. 1 und 20 GG - und in Wiederholung für die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern in Art. 28 I (28) - niedergelegt sind. Im Anschluß daran wird

-
- 28) Diese Tatsache, daß nämlich Art. 28 I GG für die verfassungsmäßige Ordnung des Bundes keine eigene Bedeutung neben den Art. 1 und 20 hat, wird häufig verkannt; dies zeigt sich insbesondere dann, wenn auf Art. 28 I GG als den maßgeblichen Fundort der Formel vom "demokratischen und sozialen Rechtsstaat" verwiesen wird (so z.B. Fr. Klein, Rechtsstaat, S. 390, und in H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Erl. zu Art. 20 GG (S. 600 ff); E. Forsthoff, Wesen, S. 22 ff, und Verfassungsprobleme, S. 5; ungenau auch O. Bachof, Wesen, S. 41; U. Scheuner, Grundfragen, S. 154; C. Fr. Menger, Begriff, S. 3 (Anm. 1); W. Grewe, Die Bundesrepublik als Rechtsstaat, in DRZ 1949, S. 392.

Eine solche Argumentation verkennt die Struktur des Grundgesetzes, dessen wesentliche Substanz, nämlich die Art. 1 und 20, sich aus der Unabänderlichkeitsgarantie des Art. 79 III ergibt, und übersieht, daß die verfassungsmäßige Ordnung des Bundes durch diese Art. 1 und 20 bereits hinreichend gekennzeichnet ist: Aus dem das "oberste Konstitutionsprinzip" unserer Verfassung (G. Dürig) aussprechenden Art. 1 I - i.V.m. Art. 1 II und III, Art. 20 II 2 und III - folgt das freiheitlich - rechtsstaatliche Prinzip, Art. 20 I und II enthält die Grundsätze des demokratischen und sozialen Staates (die Forderung des Art. 20 I nach einem Bundesstaat interessiert in diesem Zusammenhand nicht). Art. 28 I zieht dann lediglich die Konsequenz aus dem bundesstaatlichen Aufbau der Bundesrepublik, wenn er diese drei, die gesamte Staatsordnung bestimmenden Prinzipien: das (freiheitlich-)rechtsstaatliche, das demokratische und das soziale, auch für die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern verbindlich erklärt. Dann kann aber Art. 28 I unmöglich eine eigenständige oder auch nur ergänzende Bedeutung für die Staatsordnung des Bundes haben, sondern allenfalls als Bestätigung der Grundsätze der Art. 1 und 20 angesehen werden. Aus diesem Grunde erübrigt sich auch ein besonderer Schutz des Inhalts von Art. 28 I durch Art. 79 III: die in Art. 28 I enthaltenen Prinzipien sind sämtlich bereits über Art. 1 und 20 ausreichend gesichert (so richtig u. a. W. Abendroth, Begriff, S. 279/80, und in VVDStL, Heft 12 (1954), S. 85 und 90; E. Fech-

die Richtigkeit der überkommenen Auffassung von den "institutionellen Garantien der Verfassung", als deren Musterbeispiel man die Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung ansieht, überprüft, weil bisher Lehre und Rechtsprechung nicht zuletzt aus dem "Wesen" der "institutionellen Garantie" die Reichweite des Verfassungsschutzes des Art. 28 II 1 GG bestimmen. Ein abschließender Vergleich der gewonnenen Erkenntnisse mit den Ergebnissen der bisher allgemein angewandten "historischen Auslegungsmethode" soll dann die grundsätzlichen Unterschiede zwischen beiden Auffassungen deutlich machen und zugleich die erheblichen Auswirkungen wie auch den praktischen Wert einer "grundgesetzgerechten" Auslegung des Art. 28 II 1 GG aufzeigen.

ner, Freiheit und Zwang, S. 3/4; Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 4 zu Art. 28 GG; A. Schüle, in VVDStL, Heft 12 (1954), S. 106; W. Thieme, Liberalismus, S. 294; E. Friesenhahn, Die politischen Grundlagen, S. 165, und Die rechtsstaatlichen Grundlagen, S. 240; H. Gerber, Sozialstaatsklausel, S. 3).

II. Teil : Der Inhalt der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung nach dem Wortlaut des Art. 28 II 1 GG (1).

In bewußter Abkehr (2) von Art. 127 WeimRV: "Gemeinden und Gemeindeverbände haben das Recht der Selbstverwaltung innerhalb der Schranken der Gesetze", dessen Auslegung wegen seiner Unbestimmtheit stark umstritten war (3), normiert das Grundgesetz in Art. 28 II 1: "Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln".

- 1) Die Aussage des Grundgesetzes " ... muß das Recht gewährleistet sein ..." erscheint zwar auf den ersten Blick in ihrer Garantiewirkung geringer zu sein als die entsprechende Feststellung der Weimarer Reichsverfassung " ... haben das Recht ... ", jedoch bedeutet diese Abweichung bei genauerem Hinsehen keine Abschwächung der Garantie, sondern entspringt lediglich einer differenzierteren Betrachtung: Nur weil das Gemeindeverfassungsrecht Sache der Länder sein sollte, wurde von einer unmittelbaren Gewährleistung durch die Bundesverfassung abgesehen; andererseits sollte den Ländern aber keineswegs freie Hand gelassen, sondern sie sollten unmittelbar verpflichtet werden, den Rechtszustand herbeizuführen, den der Bund seinerseits normiert hätte, wenn er hierfür zuständig gewesen wäre (4). Die "Normativbestimmung" hat also - bei grundsätzlicher Wahrung der Zuständigkeitsaufteilung

- 1) Angesichts der Fülle und Vielfalt von Stellungnahmen zum Inhalt des Art. 28 II 1 GG wird aus Gründen der Klarheit und Übersichtlichkeit in diesem Teil grundsätzlich nur die eigene Auffassung vorgetragen; eine Auseinandersetzung mit den bisher in Schrifttum und Rechtsprechung vertretenen Meinungen folgt im abschließenden (V.) Teil.
- 2) S. hierzu die Entstehungsgeschichte, JöR N.F. Bd. 1, S. 253 ff (s. auch unten Anm. 12).
- 3) S. einerseits G. Anschütz in seiner Kommentierung des Art. 127 WeimRV, andererseits z. B. Fr. Glum, AöR 56 (1929), S. 379 ff, sowie Fr. Klein, Institutionelle Garantien, S. 56 ff, und C. Schmitt, Freiheitsrechte, S. 143 ff.
- 4) S. die Entstehungsgeschichte in JöR N. F. Bd. 1, S. 253 ff, insbes. S. 256/57 (die Stellungnahmen der Abgeordneten Dr. Greve und Dr. Dehler).

zwischen Bund und Ländern - im Ergebnis den Zweck und die Wirkung einer entsprechenden unmittelbaren Bundesgarantie (5). Daß auch der Grundgesetzgeber von einer derartigen unmittelbaren Garantiewirkung des Art. 28 II 1 GG ausging, ergibt sich u. a. aus Art. 28 II 2 GG, wonach die Gemeindeverbände "auch das Recht ... haben". Schließlich bewirkt auch der Umstand, daß der Bund gemäß Art. 28 III GG die Einhaltung der Normativbestimmungen in Art. 28 I und II durch die Länder gewährleistet und somit den Gemeinden gegenüber als Garant der in Art. 28 II 1 GG im einzelnen festgelegten gemeindlichen Selbstverwaltung auftritt, dieses Ergebnis (6). Demnach enthält das Grundgesetz in Art. 28 II 1 eine - und zwar für Bund und Länder gleichermaßen verbindliche (7) - Verfassungsgarantie (8).

2) Gewährleistet wird das Recht der Gemeinden, "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln". Damit verwendet Art. 28 II 1 GG - anders als die Weimarer RV in Art. 127 - nicht lediglich den herkömmlichen Begriff der "gemeindlichen Selbstverwaltung" zur Bezeichnung seines Schutzobjektes, sondern legt dieses selbständig in seinen wesentlichen Merkmalen fest. Daraus geht eindeutig hervor, daß die Gewährleistung

-
- 5) Dieses Ergebnis wird heute nicht mehr angezweifelt; Einzelheiten sowie Fundstellen s. u. in Anm. 17 zu B V.
 - 6) Über die Bedeutung dieser Gewährleistung durch den Bund s. z.B. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 726 ff; O. Gönnewein, Gemeinderecht, S. 28 ff; R. Neuhoff, DöV 1952, S. 260 ff; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 40 ff. - Wesentliche praktische Bedeutung kommt vor allem der - allerdings nur mittelbar unter Art. 28 III GG fallenden - Entscheidungsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts über (sog.) Verfassungsbeschwerden der Gemeinden auf Grund des § 91 BVerfGG zu.
 - 7) Zwar richtet sich Art. 28 I und II GG als "Normativbestimmung" unmittelbar nur an die Länder und verpflichtet diese dem Bund gegenüber; es kann jedoch nicht zweifelhaft sein, daß sich auch der Bund selbst in gleicher Weise binden wollte und daß daher auch der Bund die Bestimmung des Art. 28 II 1 GG einhalten muß (s. hierzu z. B. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 725 ff; s. auch Anm. 17 zu B V mit weiteren Nachweisen).
 - 8) Dieses Ergebnis ist heute allgemein anerkannt; wegen der Einzelheiten s. u. Anm. 17 zu B V.

des Grundgesetzes nicht irgendeiner im einzelnen unbestimmten, "überlieferten", "geschichtlich gewachsenen", sondern allein der von ihm in Art. 28 II 1 konkret geregelten "gemeindlichen Selbstverwaltung" gilt. Art. 28 II 1 GG hat somit zugleich die Bedeutung einer verfassungskräftigen Legaldefinition des Rechts der "gemeindlichen Selbstverwaltung" (9). Daß Art. 28 II Satz 1 GG tatsächlich das Recht der gemeindlichen Selbstverwaltung meint, ergibt sich außerdem aus Art. 28 II Satz 2 GG, der davon handelt, daß die Gemeinde-Verbände "auch das Recht der Selbstverwaltung" (Hervorhebung vom Verfasser) haben - womit nur an Satz 1 angeknüpft sein kann (10). Aber auch der aus der Entstehungsgeschichte feststellbare Wille des Verfassungsgebers - der hier deshalb unbedenklich berücksichtigt werden darf, weil er nur das aus dem Verfassungstext selbst bereits gewonnene Ergebnis stützt (11) - zeigt die Richtigkeit dieser Auffassung (12).

-
- 9) Dieser Umstand wird zwar von einigen Autoren richtig erkannt, jedoch nicht in seiner vollen Tragweite respektiert; hierüber s. u. unter B V.
 - 10) So auch u. a. Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. IV 1 zu Art. 28 GG, und Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 27 zu Art. 28 GG.
 - 11) S. hierzu z. B. das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 21. 5. 1952, E 1, S. 299 ff, S. 312: "Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist ... der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können"; - s. auch Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Einleitung IV (S. 6 ff).
 - 12) Vgl. die Entstehungsgeschichte in JöR N. F. Bd. 1, S. 253 ff, insbes. S. 254, wonach Einigkeit darüber herrschte, daß zur Klärung des Begriffes des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts eine Legaldefinition desselben in die Verfassungsgarantie aufgenommen werden sollte. Nur aus Gründen der Straffung wurde dann die erarbeitete Legaldefinition nicht - wie ursprünglich beabsichtigt - dem Begriff des Selbstverwaltungsrecht beigelegt, sondern unmittelbar an dessen Stelle gesetzt.

Damit ist die - durchaus herrschende - Meinung widerlegt, die in Art. 28 II 1 lediglich eine Umschreibung des bereits vor dem Grundgesetz vorhandenen, überlieferten Bestandes an gemeindlicher Selbstverwaltung sieht (13), - eine Meinung, die schon deshalb fragwürdig erscheinen muß, weil sie verkennt, daß das Grundgesetz als bewußte Neuordnung des staatlichen Lebens nur ganz ausnahmsweise auf früheres Recht zurückgreift (14).

Darüberhinaus ist der überkommene Bestand an kommunaler Selbstverwaltung mit seinen mannigfachen Erscheinungen durchaus nicht derart klar umgrenzt (15), daß er als geschlossenes Ganzes direkt hätte übernommen werden können, ganz abgesehen von der Frage, ob er sich - seine Klarheit und Geschlossenheit vorausgesetzt - harmonisch in den Gesamtzusammenhang unserer staatlichen Neuordnung durch das Grundgesetz einfügen ließe.

Schließlich kann auch das Argument, das Grundgesetz könne als Bundes-verfassung unmöglich eine Legaldefinition des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts enthalten, weil das Kommunalrecht Ländersache sei (16), nicht überzeugen; denn obwohl die zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes bereits vorhandenen Länder das Kommunalrecht in ihrem Bereich schon weitgehend geregelt hatten, war der Parlamentarische Rat als "pouvoir constituant" völlig frei bei der Schaffung des Grundgesetzes (17); er hätte also theoretisch auch die Kompetenz des Bundes für das Gemeinderecht begründen können. Die Tatsache, daß er dies

13) Einzelheiten und Fundstellen s. u. unter B V.

14) Hierüber s. o. unter B I.

15) Über die wechselvolle Entwicklung der gemeindlichen Selbstverwaltung, insbesondere über die wiederholt veränderten Zielsetzungen, s. die Anm. 176 zu B IV.

16) Dies klingt u. a. bei O. Kollmann, DÖV 1951, S. 145 ff, W. Klatt, Bay. Bürgermeister 1950, S. 99 ff, und H. Schäfer, DÖV 1951, S. 572 ff an.

17) S. insbesondere das Bundesverfassungsgericht in seiner oben in Anm. 22 zu B I zitierten Entscheidung: "Eine verfassungsgebende Versammlung ... ist im Besitz des "pouvoir constituant". Mit dieser besonderen Stellung ist es unverträglich, daß ihr von außen Beschränkungen auferlegt werden ..."; in diesem Sinne auch z. B. R. Neuhoff, DÖV 1952, S. 260 ff (ähnlich O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 54).

nicht getan hat (die Art. 73/74 - i.V.m. den Art. 30, 70 - sehen keine Bundeszuständigkeit für das Kommunalrecht vor, so daß die Länder zuständig sind), hinderte ihn aber nicht, die den Ländern gewährte Kompetenz für das Kommunalrecht von vornherein durch eine Legaldefinition des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts von Bundes wegen einzuschränken, wie ja überhaupt das Recht der Länder zur selbständigen Gestaltung ihrer staatlichen Ordnung im Interesse der Homogenität der gesamten Staatsordnung innerhalb der Bundesrepublik durch Art. 28 I - III GG begrenzt worden ist (18).

Der Parlamentarische Rat war also wohl in der Lage, von Bundesverfassungs wegen den Inhalt des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts auch für die Länder verbindlich festzulegen und hat dies - wie Art. 28 II 1 zeigt - auch getan (19). Enthält das Grundgesetz somit eine (verfassungskräftige) Legaldefinition des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts, so muß jeder Versuch, Inhalt und Bedeutung der Gewährleistung in Art. 28 II 1 im einzelnen zu ermitteln, mit der Auslegung dieser Legaldefinition beginnen.

- 3) Zum Inhalt der gemeindlichen Selbstverwaltung gehört hiernach zunächst das Recht der einzelnen Gemeinde, "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zu regeln". Der Begriff der "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" oder kürzer: der "örtlichen Angelegenheiten" setzt als Gegenstück den der "überörtlichen Angelegenheiten" voraus, deren Bereiche eben durch Art. 28 II 1 GG gegeneinander abgegrenzt werden sollen. Hier ergibt sich die Schwierigkeit, daß herkömmlich der Begriff "überörtlich" - und dementsprechend dann auch der Begriff "örtlich" - mit verschiedenen Inhalten gebraucht wird: einmal im Sinne von "staatlich" im Gegensatz zum "kommunalen" (= Selbstverwaltungs-) Bereich (und zwar insgesamt), zum anderen zur Unterscheidung der innerhalb des kommunalen Selbstverwaltungsbereichs anfallenden Aufgaben, näm-

- 18) Über die Wirkungsweise der "Normativbestimmung" s. z. B. Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. II 2 a zu Art. 28 GG, und Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 2/3, 38 ff und 42 ff zu Art. 28 GG.
- 19) So auch z. B. R. Neuhoff, DöV 1952, S. 259 ff; ähnlich O. Gön-
nenwein, Fragen, AöR 81 (1956), S. 218, wo er darauf hinweist:
"An die Merkmale "Gemeinde", "Regelung der Angelegenheiten
der örtlichen Gemeinschaft" und vor allem "eigene Verantwor-
tung" ist jede Definition der Selbstverwaltung, die vom positiven
Recht ausgehen will, gebunden".

lich zur Abgrenzung derjenigen insbesondere der Landkreise (20) von denen der kreisangehörigen Gemeinden. Im ersten Fall bezeichnet der Begriff "örtlich" (und entsprechend der Begriff "überörtlich" = staatlich) den Entstehungsgrund einer öffentlichen (21) Aufgabe, im zweiten Fall bedeutet "örtlich" die Fähigkeit der einzelnen (auch der kreisangehörigen, u. U. sehr kleinen) Gemeinde, die betreffende, dem Entstehungsgrund nach "örtliche" Aufgabe aus eigener Kraft effektiv und zweckmäßig zu erfüllen (22). Dabei sind dem Entstehungsgrund

-
- 20) Zwar ist der Landkreis nicht der einzige Gemeindeverband, der solche der Sache nach "örtliche" Aufgaben wahrnimmt, die die Leistungsfähigkeit kleinerer Gemeinden übersteigen und die deshalb - als insoweit "überörtliche" - ihm zugewiesen sind; vielmehr gibt es in mehreren Ländern der Bundesrepublik zwischen den Gemeinden und dem Landkreis noch die Rechtsfigur des "Amtes" (so in Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein und im Saarland) bzw. der "Samtgemeinde" (Niedersachsen). Dem Landkreis kommt jedoch eine überragende, gerade in diesem Zusammenhang wichtige Sonderstellung zu, wie im folgenden aufzuzeigen ist. Die "höheren" Gemeindeverbände (d.h. oberhalb der Landkreis - Ebene) interessieren hier dagegen überhaupt nicht (s. dazu unten Anm. 27). Über die Sonderstellung des Landkreises s. neuestens z. B. R. Schnur, Grundgesetz, Landesverfassung und "höhere Gemeindeverbände", DÖV 1965, S. 114 ff.
- 21) Daß als "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" i. S. v. Art. 28 II 1 GG nur öffentliche Aufgaben in Betracht kommen (d. h. solche Aufgaben, die allein von der - im Staat oder in der Kommune kraft öffentlichen Rechts - "organisierten" Gemeinschaft wirksam und hinreichend zuverlässig wahrgenommen werden können = notwendige Gemeinschaftsaufgaben), ergibt sich daraus, daß im Spannungsverhältnis einzelner - Staat auch die Gemeinden der Sphäre des Staates zugerechnet werden müssen (s. z. B. A. Hamann, Anm. B 5 zu Art. 28 GG), daß aber der Staat bei einer freiheitlichen Verfassung erst dann zuständig wird, wenn die einzelnen überfordert wären (so u. a. auch E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, insbes. S. 702 ff; ebenso A. Hamann, Anm. B 6 zu Art. 28 GG, und K. G. Wernicke, Anm. II 2 b zu Art. 28 GG).
- 22) Bei der Beurteilung der Frage der (ausreichenden) "Leistungsfähigkeit" (dieser Begriff wird im folgenden als umfassender Oberbegriff verwandt) kommt es nicht nur auf die gemeindliche

nach "örtliche" Aufgaben (23) diejenigen, die typischerweise durch das Zusammenleben in einer Gemeinde, konkreter: durch das nebeneinander Wohnen und Wirken einer Vielzahl von Menschen in unmittelbarer räumlicher Verbundenheit ("Nachbarschaft") und den daraus entstehenden mannigfachen materiellen und ideellen Bedürfnissen unmittelbar bedingt und in einer Weise "ortsgebunden" sind, daß sie so, wie sie in der betreffenden örtlichen Gemeinschaft konkret entstehen, eben nur hier und nirgendwo sonst ebenso existieren; ihnen gegenüber stehen die "staatlichen" Aufgaben, die ihren Ursprung überwiegend oder auch ausschließlich nicht im örtlichen Zusammenleben, sondern in den überörtlichen Verhältnissen, in den Bedingungen und Notwendigkeiten innerhalb der staatlichen Gemeinschaft haben oder die - ohne spezifischen Bezug zu dem jeweiligen Ort - überall in gleicher Form wiederkehren und daher notwendig eine entsprechende Zuständigkeit des Staates begründen (24). - Unter dem Gesichtspunkt des Entstehungsgrundes ("der

Finanzkraft einerseits und ihre Verwaltungskraft andererseits (= effektiv), sondern auch darauf an, ob die Möglichkeit einer trotz Begrenzung auf das Gemeindegebiet sinnvollen, wirtschaftlichen und sachangemessenen Aufgabenerledigung (= zweckmäßig) besteht. Da hier nur - abstrakt - die möglichen Anknüpfungspunkte aufzuzeigen sind, braucht keine konkrete Festlegung dieser (umstrittenen) Merkmale versucht zu werden; s. jedoch auch unten Anm. 39.

- 23) Der Begriff "örtliche Angelegenheit" muß also klar unterschieden werden von dem der "öffentlichen Angelegenheit", der wesentlich weiter ist und auch die der Sache nach staatlichen Aufgaben mitumfaßt. Tatsächlich wird die Formulierung "alle örtlichen Angelegenheiten" häufig i.S.v. "alle - in der Ortsinstanz wahrzunehmenden - öffentlichen Angelegenheiten" mißverstanden mit der Folge, daß sich die gesamte Problematik des Art. 28 II 1 GG (insbesondere in der Klausel "im Rahmen der Gesetze") wesentlich verschiebt; s. z. B. K. J. Partsch, S. 305 ff (er spricht ausdrücklich von den "Verwaltungsaufgaben, die auf der örtlichen Ebene zu bewältigen sind", so daß sein Mißverständnis offensichtlich ist). Einzelheiten werden unten unter B V 2 behandelt.
- 24) Den Versuch, den Bereich der "örtlichen Angelegenheiten" ähnlich wie hier von der Sache her zu bestimmen, haben u. a. auch E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 715 ff; O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 34 ff; A. Köttgen, Die Gemeinde, S. 39 ff; R. Neuhoff, DöV 1952, S. 262/63; insbesondere W. Weber, Staats-

Sache nach") ist also jede öffentliche Aufgabe einheitlich (25) entweder "örtlich" oder "überörtlich", unabhängig von der Leistungsfähigkeit der einzelnen (u. U. sehr großen oder auch sehr kleinen) Gemeinde; d. h. daß hier das Begriffspaar "örtlich" - "überörtlich" allgemeingültig festliegt. Stellt man dagegen auf die Leistungsfähigkeit der einzelnen Gemeinde ab, so ist die Grenze fließend, je nachdem, ob für die konkrete Aufgabe die Leistungsfähigkeit der betreffenden Gemeinde ausreicht oder nicht (26); das hat dann zur Folge, daß dieselbe, dem Entstehungsgrund nach einheitlich "örtliche" Aufgabe für die eine Gemeinde noch "örtliche", für die andere bereits eine "überörtliche" Angelegenheit ist.

Bei dieser Sachlage kann kein Zweifel darüber bestehen, daß Art. 28 II 1 GG mit den "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" die dem Entstehungsgrund, nämlich der Sache nach "örtlichen" Aufgaben meint, unabhängig von der Leistungsfähigkeit der jeweiligen Gemeinde. Zwar scheint der Wortlaut des Art. 28 II 1 GG auf den ersten Blick gegen diese Auslegung zu sprechen, wenn dort (zunächst allein) vom Recht "der Gemeinden" und somit jeder einzelnen Gemeinde die Rede ist, die "örtlichen Angelegenheiten" zu regeln; denn sicherlich sollen der einzelnen Gemeinde nicht diejenigen (der Sache nach "örtlichen") Angelegenheiten von Verfassungen wegen vorbehalten sein, für die ihre Leistungsfähigkeit nicht ausreicht. Eine Verfassungsgarantie, die allgemein - d. h. für alle Gemeinden gleichermaßen - "die gemeindliche Selbstverwaltung" gewährleisten soll, muß jedoch zunächst einmal allgemein und vor allem umfassend sein und sich dabei am "Idealfall" orientieren; soweit wegen sachlich erheblicher Unterschiede eine Differenzierung not-

und Selbstverwaltung, S. 49 ff, unternommen. Das entsprechende Bemühen von K. J. Partsch, S. 310 ff, mußte wegen des in Anm. 21 aufgezeigten Mißverständnisses scheitern (Einzelheiten s. u. unter BV 2).

- 25) Zwar ergeben sich z. B. je nach der Landschaft, der Nähe oder Ferne von Wasser- und Energiequellen, der Weiträumigkeit oder Enge und Dichte von Ansiedlungen u. ä. geringfügige Unterschiede, die jedoch als solche klar feststellbar und begründbar sind und an der grundsätzlich einheitlichen Unterscheidung nichts ändern.
- 26) Hier kommt noch hinzu, daß die Frage der ausreichenden "örtlichen" (i. S. v. "gemeindlichen") Leistungsfähigkeit wegen der mannigfachen Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung zu berücksichtigen sind, je nach dem Standpunkt des Beurteilers u. U. unterschiedlich beantwortet werden kann und dementsprechend unsicher festzustellen ist im Gegensatz zum "örtlichen" Entstehungsgrund.

wendig ist, darf sie zwar nicht fehlen, sie gehört jedoch erst an die zweite Stelle. So gesehen ist der Aufbau des Art. 28 II GG mit seinem unmittelbaren Nebeneinander der Garantien einmal der gemeindlichen und sodann der Selbstverwaltung der Gemeindeverbände nicht nur sinnvoll, sondern sachlich und systematisch der einzig mögliche:

Bei den kreisfreien Städten genügt die Garantie des Art. 28 II 1 GG, weil bei ihnen "örtlicher" Entstehungsgrund und ausreichende "örtliche" Leistungsfähigkeit zusammenfallen, der gesamte Bereich der der Sache nach "örtlichen" Angelegenheiten also von der gemeindlichen Selbstverwaltungstätigkeit erfaßt wird (27); eben diesem Umstand verdanken

-
- 27) Die Gewährleistung der Selbstverwaltung der Gemeindeverbände durch das Grundgesetz (Art. 28 II 2) wird für die kreisfreien Städte also nicht aktuell: Soweit sie der Sache nach "örtliche" Aufgaben zusammen mit anderen Gemeinden und/oder Gemeindeverbänden wahrnehmen (insbesondere in der Form des Zweckverbands), genügt für sie die Garantie gemeindlicher Selbstverwaltung, weil sich diese ja auf alle der Sache nach "örtlichen" Aufgaben erstreckt und dann auch für den Zweckverband (oder konkreter: für die Stadt als Mitglied des Zweckverbandes) wirksam bleibt. Soweit es sich dagegen um "höhere" Gemeindeverbände (oberhalb der Landkreis-Ebene) handelt, ist schon deshalb grundsätzlich kein Raum für eine effektive Selbstverwaltungsgarantie, weil die der Sache nach "örtlichen" Angelegenheiten äußerstenfalls auf der Ebene der kreisfreien Stadt oder des Landkreises wahrgenommen werden, für "höhere" Gemeindeverbände folglich nur der Sache nach "überörtliche" = staatliche Angelegenheiten übrigbleiben; die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II GG wird aber nur für die der Sache nach "örtlichen" Aufgaben voll wirksam. Das folgt daraus, daß es nach dem Grundgesetz dem einfachen Gesetzgeber völlig freisteht, ob er überhaupt "höhere" Gemeindeverbände schafft oder vorhandene bestehen läßt und welche Aufgaben er ihnen zuweist. Zwar haben solche Gemeindeverbände, soweit sie vorhanden sind oder geschaffen werden, nach Art. 28 II 2 GG hinsichtlich der ihnen zugewiesenen Aufgaben das gleiche Selbstverwaltungsrecht wie die Gemeinden und Landkreise; die Garantie des Art. 28 II 2 GG läuft bei ihnen aber leer, wenn der Gesetzgeber sie wieder abschafft, denn gerade das verbietet Art. 28 II 2 GG nicht (so im Ergebnis mit Recht R. Schnur, DöV 1965, S. 114 ff, S. 116/17; siehe dort auch weitere Nachweise). - Das schließt nicht aus, daß es wünschenswert sein mag, auch gewisse

diese Gemeinden ihre "Kreisfreiheit". Von diesem Idealfall gleichsam "sich selbst genügender" örtlicher Selbstverwaltung geht das Grundgesetz bei dem Grundsatz des Art. 28 II 1, und zwar unter Anknüpfung an historische Vorbilder, aus. Die "gemeindliche" Selbstverwaltung war nämlich in ihrer modernen Gestalt, also ausgehend von der preussischen Städteordnung des Reichsfreiherrn vom Stein aus dem Jahre 1808, zunächst einmal eine "städtische" Selbstverwaltung, d. h. eine Selbstverwaltung (nur) derjenigen Gemeinden, die sich durch ihre Größe sowie ihre wirtschaftliche und kulturelle Bedeutung die Bezeichnung "Stadt" verdient hatten. Diese Gemeinden besaßen daher auch die erforderliche Finanz- und Verwaltungskraft sowie eine angemessene Größe, um alle "örtlichen" Aufgaben effektiv und zweckmäßig wahrzunehmen. Zwar brachte die allgemeine (vor allem die technische) Entwicklung fortschreitend eine derartige Vermehrung und vor allem auch Veränderung (28) der der Sache nach "örtlichen" Aufgaben mit sich, daß bald

"überörtliche" Aufgaben - insbesondere solche, die ihrem Ursprung nach eigentlich "örtliche" sind und die nur wegen ihres Umfanges, ihrer unmittelbaren Bedingtheit durch die staatlichen Verhältnisse oder wegen des überwiegenden staatlichen Interesses der "örtlichen" Zuständigkeit "entwachsen" sind (s. hierüber anschließend im Text) - von (überörtlichen) Selbstverwaltungsträgern wahrnehmen zu lassen und daß die Landesverfassungen entsprechende (wirksame) Selbstverwaltungsgarantien enthalten; durch das Grundgesetz (Art. 28 II 2) sind diese "höheren" Gemeindeverbände jedenfalls nicht wirksam in ihrem Bestand und damit auch nicht in ihrem Selbstverwaltungsrecht geschützt.

- 28) Im Sinne einer Qualifizierung: wo früher ein schmaler Schotterweg genügt hatte, wird heute eine breite, ausgebaute Fahrstraße benötigt; für Abwässer reicht nicht mehr die Straßenrinne aus, sondern es ist eine Kanalisation erforderlich usw. Dadurch wird die Wahrnehmung örtlicher Aufgaben nicht nur absolut um ein Vielfaches kostspieliger, sondern verlangt auch einen umfangreichen, qualifizierten "Apparat", der die erforderlichen Arbeiten sachgerecht plant und durchführt bzw. die Durchführung überwacht. Weit stärker als die Vermehrung der örtlich entstehenden öffentlichen Aufgaben belastet eben diese ihre "Qualifizierung" die Gemeinden und bewirkt, daß die Wahrnehmung vieler der Sache nach "örtlicher" Aufgaben nicht mehr ausreicht und folglich ein Gemeindeverband - regelmäßig und letzten Endes immer der Landkreis - für sie "einspringen" muß.

auch die Leistungsfähigkeit der kleineren und später sogar der mittleren Städte nicht zur Erfüllung aller örtlichen Aufgaben ausreichte; das ändert jedoch nichts am "Ausgangsbild" der modernen gemeindlichen Selbstverwaltung - nämlich einer "sich selbst genügenden" örtlichen Gemeinschaft -, das auch dem Art. 28 II 1 GG noch zugrundeliegt.

Bei allen übrigen, nicht kreisfreien Gemeinden reicht jedoch der Grundsatz des Art. 28 II 1 GG nicht aus, weil sie nicht in der Lage sind, alle der Sache nach "örtlichen" Angelegenheiten aus eigener Kraft selbst effektiv und zweckmäßig wahrzunehmen; ohne die gleichzeitige, zusätzliche Garantie der Selbstverwaltung "höherer", umfassender kommunaler Aufgabenträger bestünde hier folglich die Gefahr, daß der Staat selbst jene Aufgaben an sich zöge, die die Leistungsfähigkeit der betroffenen Gemeinden übersteigen. Das nun ist die Aufgabe der Selbstverwaltungsgarantie (auch) der Gemeindeverbände durch Art. 28 II 2 GG: Durch sie wird erreicht, daß alle der Sache nach "örtlichen" Angelegenheiten (29) letztlich auch dann kommunalen Selbstverwaltungsträgern (nämlich den Gemeindeverbänden) vorbehalten bleiben, wenn die Leistungsfähigkeit der betroffenen Gemeinden für ihre effektive und zweckmäßige Wahrnehmung nicht ausreicht. Dabei kommt der Institution des Landkreises seit jeher eine Sonderstellung unter den Gemeindeverbänden zu: Er ist nicht nur der einzige Gemeindeverbandstyp, der in allen Bundesländern gleichermaßen existiert (30), sondern seine Sonderstellung beruht vor allem darauf, daß erst durch das Zusammenwirken von gemeindlicher (gegebenenfalls auch der niederer Gemeindeverbände wie die Ämter) und Landkreis-Selbstverwaltung für die nicht-kreisfreien Gemeinden dasselbe Ergebnis erzielt wird wie beim "Ideal-

29) Art. 28 II 2 GG erschließt den Gemeindeverbänden also keinen neuen, zusätzlichen Aufgabenbereich neben dem in Art. 28 II 1 GG (primär) den Gemeinden vorbehaltenen Bereich der der Sache nach "örtlichen" Angelegenheiten, sondern stellt lediglich die - im Hinblick auf die mangelhafte Leistungsfähigkeit vieler Gemeinden - notwendige Ergänzung der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung in Art. 28 II 1 GG dar (s. hierzu auch oben Anm. 27); andererseits ist die Zuständigkeit der Gemeindeverbände in ihrer Subsidiarität eine umfassende, so daß keine der Sache nach "örtliche" Angelegenheit mangels ausreichender gemeindlicher Leistungsfähigkeit in den Zuständigkeitsbereich des Staates gelangt.

30) Auf die Konsequenzen aus dieser Tatsache weist vor allem R. Schnur, DöV 1965, S. 114 ff, hin.

fall", der kreisfreien Stadt: daß nämlich alle der Sache nach "örtlichen" Aufgaben letzten Endes von kommunalen Selbstverwaltungsträgern - primär den Gemeinden und hilfsweise ("komplementär"), falls ihre Leistungskraft nicht ausreicht, dem Landkreis - wahrgenommen werden. Zugleich wird auf diese Weise ein Doppeltes bewirkt: Einmal ist allein bei einer solchen Auslegung des Art. 28 II GG sichergestellt, daß die Bevölkerung der Bundesrepublik von Bundesverfassungs wegen in allen Gemeinden letzten Endes dieselben Selbstverwaltungsrechte hat (31), nämlich gleichermaßen für alle (aber auch nur) der Sache nach "örtlichen" Angelegenheiten: indem sie bei kreis- (und sonstigen gemeindeverbands-) angehörigen Gemeinden auch an der Selbstverwaltung des Landkreises (und sonstiger Gemeindeverbände) beteiligt wird, hat sie im Landkreis insgesamt dieselben Rechte wie in kreisfreien Städten, die alle der Sache nach "örtlichen" Aufgaben selbst erfüllen; zum an-

-
- 31) Daß es letzten Endes maßgeblich das Recht der in den einzelnen örtlichen Gemeinschaften lebenden Einzelpersonen auf Selbstgestaltung und Selbstverwaltung der eigenen Angelegenheiten und nicht das Recht "der Gemeinden" (d. h. öffentlichrechtlicher Institutionen) auf Selbstverwaltung ist, das zur Gewährleistung kommunaler Selbstverwaltung durch das Grundgesetz geführt hat, wird im folgenden (III.) Teil nachgewiesen werden. Es sind folglich nie "die Gemeinden" als solche, die sich auf die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II GG berufen können, sondern letztlich immer nur die in der Form der Gemeinde öffentlichrechtlich organisierten "örtlichen Gemeinschaften". Deshalb ist auch bei der Aufteilung der der Sache nach "örtlichen" Angelegenheiten zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden entscheidend nicht das Interesse "der Gemeinden" als öffentlichrechtlicher Institutionen (insbesondere durch die kommunale Bürokratie repräsentiert; s. dazu z. B. W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, insbesondere S. 65 ff), sondern das der Bürgerschaft; ihr kommt es aber zunächst einmal darauf an, daß die betreffende Aufgabe überhaupt im kommunalen Selbstverwaltungsbereich verbleibt. Die Frage der Aufteilung zwischen Gemeinde und Landkreis ist zwar auch für sie nicht unwesentlich, jedoch zweitrangig; insoweit bietet die "Vorranggarantie" der gemeindlichen Selbstverwaltung durch Art. 28 II 1 GG (s. dazu im folgenden) einen ausreichenden Schutz vor unberechtigten "Übergriffen" des Landkreises (bzw. Übergriffen des Gesetzgebers zugunsten des Landkreises). - Zu demselben Ergebnis gelangt R. Schnur, DöV 1965, S. 114 ff, durch (allerdings formale) Auslegung des Art. 28 I und II GG im Hinblick auf seine "Homo-genitäts"-Funktion.

deren erlangen die kreisangehörigen Gemeinden erst in ihrer Zusammenfassung im Landkreis einen den kreisfreien Städten bezüglich Leistungsfähigkeit sowie wirtschaftlicher und kultureller Bedeutung ebenbürtigen Rang (32). Diese Sonderstellung des Landkreises ist schließlich auch in Art. 28 I 2 GG anerkannt, wenn dort außer für die Länder nur für die Gemeinden und Kreise eine von der Bevölkerung demokratisch gewählte Volksvertretung vorgeschrieben und damit dem Kreis als einzigem Gemeindeverband in bemerkenswerter Weise ein den Gemeinden entsprechender Rang eingeräumt wird.

Diese Auslegung des Art. 28 II GG, insbesondere im Hinblick auf das

-
- 32) Das erscheint vor allem wichtig im Hinblick auf die z. Zt. viel-diskutierten Probleme der Landesplanung und Raumordnung sowie im Zusammenhang damit die Frage einer allgemeinen Verwaltungsreform (s. z.B. das von W. Weber für den 45. Deutschen Juristentag 1964 in Karlsruhe erstattete Gutachten zu den Fragen: "Entspricht die gegenwärtige kommunale Struktur den Anforderungen der Raumordnung? Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen der Länder und des Bundes? Welchen Inhalt sollten sie haben?", Bd. I Teil 5 der Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages, München-Berlin 1964): Hier ist u. a. die Bildung von sog. Regionalverbänden (Gemeindeverbänden oberhalb der Landkreisebene) vorgesehen, denen wichtige Befugnisse etwa in Bezug auf die örtliche Planung eingeräumt werden sollen. Ohne die Vertretung durch ihren Landkreis (der dann allerdings die Interessen aller seiner Gemeinden angemessen vertreten muß) wären hier die kreisangehörigen Gemeinden hoffnungslos der Übermacht der kreisfreien Städte ausgeliefert. - Soweit in diesen Erörterungen die Abschaffung der Landkreise (zugunsten höherer Kommunalverbände) vorgeschlagen worden ist, muß festgestellt werden, daß dem die Selbstverwaltungsgarantie nicht nur des Art. 28 II 2 GG (etwa in Verbindung mit Art. 28 I 2), sondern - wie aufgezeigt - auch des Art. 28 II 1 GG entgegenstünde, weil die Selbstverwaltung der Landkreise die notwendige Ergänzung der Selbstverwaltung der nicht kreisfreien Gemeinden darstellt. Unter der Geltung des Art. 28 II GG kommt also lediglich eine - allerdings in vielen Fällen erforderliche - Verbesserung der Struktur der Landkreise, insbesondere eine sachgerechte Bemessung des Kreisgebietes, in Betracht, nicht dagegen ihre Beseitigung und Ersetzung durch höhere Gemeindeverbände (s. hierzu auch W. Weber, Die Gemeinden, passim, insbes. S. 11 und S. 27 ff., - ebenso schon in Staats- und Selbstverwaltung, S. 38/39).

Ineinandergreifen der Garantien der gemeindlichen und der Landkreis- (sowie sonstiger Gemeindeverbands-) Selbstverwaltung, entspricht auch der geschichtlichen Entwicklung. So kam eine Selbstverwaltung auch derjenigen Gemeinden, die nicht den Rang einer "Stadt" hatten, insbesondere also der sog. Landgemeinden, erst in dem Augenblick in Betracht, in dem ein größerer und leistungsfähigerer, den Städten ebenbürtiger kommunaler Selbstverwaltungsträger vorhanden war, der mit seiner Selbstverwaltung ergänzend und fördernd neben und hinter diese kleinen Gemeinden trat (33). Die Funktion des Landkreises wurde bereits in der Einleitung zu dem von Hardenberg verantworteten sog. Gendarmerie-Edikt vom 30. 7. 1812 (34), das u.a. erstmals die Grundzüge einer Kreisverfassung festlegte, eindeutig klargestellt, wenn es dort heißt: "Die aus diesen Städten (nämlich "zweiter Klasse", die nicht den Status einer kreisfreien Stadt hatten) und den ländlichen Gemeinden zusammengesetzten Kreise werden, als selbständige für sich bestehende Gemeindeverbände das, was in den Städten erster Klasse geleistet wird, durch ihre Zusammensetzung wirken. Jene Städte zweiter Klasse und die ländlichen Gemeinden werden die ersten Bedürfnisse der öffentlichen Sozietät befriedigen; die Kreise aber überall eintreten, wo diese Befriedigung über die Kräfte der Gemeinden hinausgeht...". Hieran hat sich seither im Prinzip nichts geändert. So garantierte Art. 127 WeimRV unmittelbar nebeneinander die Selbstverwaltung der "Gemeinden und Gemeindeverbände". Auch für das Grundgesetz war zunächst eine entsprechende Formulierung vorgesehen: "Den Gemeinden und Gemeindeverbänden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ... zu regeln (35)". Sie hätte keinen Zweifel an der hier vertretenen Auffassung gelassen, daß nämlich Art. 28 II GG unterschiedslos alle, aber auch nur (36) die der Sache nach "örtlichen" Angelegenheiten dem kommunalen Selbstverwaltungsbereich vorbehält. Nun wurde zwar diese ursprüngliche Formulierung (das unmittelbare Nebeneinander von Gemeinden und Gemeinde-

33) S. hierzu vor allem W. Cantner, S. 409; H. Peters, Probleme, S. 5, 8 ff, 12, 21; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 83; Woite, S. 80 ff (mit Nachweisen); Wormit, S. 3/4; - so auch Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 1 und 30 zu Art. 28 GG.

34) Preuß, GS S. 141, unter Ziff. IV.

35) JöR N. F. Bd. 1, S. 253 - 255.

36) s. dazu oben Anm. 27.

verbänden tauchte zunächst in mehreren, unterschiedlichen Fassungen auf) später aufgegeben; damit sollte jedoch nicht etwa der kommunalen Selbstverwaltung vorbehaltene Aufgabenbereich ("alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft") geändert, sondern lediglich der unbedingte Vorrang der gemeindlichen Selbstverwaltung vor der (nur hilfsweisen, "komplementären") der Gemeindeverbände klargestellt werden (37). Im Ergebnis erfaßt also auch die Gewährleistung des jetzigen Art. 28 II GG (erst mit seinen Sätzen 1 und 2 sämtliche der Sache nach "örtlichen Aufgaben").

Diese Feststellung wird bestätigt durch eine Gegenüberstellung der Regelungen des Aufgabenbereichs der Gemeinden (in Art. 28 II 1) einerseits und der Gemeindeverbände (Art. 28 II 2) andererseits, wobei die Klauseln "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze" und "im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereichs" direkt korrespondieren: Während nämlich die Gemeinden grundsätzlich für alle (der Sache nach) "örtlichen" Angelegenheiten selbst zuständig sind (sog. Universalität) und nur durch Gesetz in dieser Allzuständigkeit - und zwar zugunsten der Gemeindeverbände, insbesondere der Landkreise (38) - beschnitten werden können, wird der Aufgabenbereich der Gemeindeverbände durch eben solche Gesetze erst begründet (39) - d. h. entsprechende Gesetze zu Lasten der Gemeinden

37) JöR N. F. Bd. 1, S. 255/56.

38) Entsprechend der herkömmlichen Aufgabe einer Garantie kommunaler Selbstverwaltung grenzt auch Art. 28 II GG den kommunalen Selbstverwaltungsbereich insgesamt vom staatlichen Bereich ab; bei der konkreten Ausgestaltung des Art. 28 II GG ("alle örtlichen Angelegenheiten") bedeutet das, daß durch staatliches Gesetz die der Sache nach "örtlichen" Aufgaben zwar innerhalb des kommunalen Selbstverwaltungsbereichs verteilt, daß sie jedoch in keinem Falle diesem überhaupt entzogen und vom Staat selbst beansprucht werden können. Siehe dazu die Erörterung der Klausel "im Rahmen der Gesetze" unten unter 5).

39) Die Feststellung, daß sich der Selbstverwaltungsbereich der Landkreise derart in den der Sache nach "örtlichen" Aufgaben erschöpft, die nur mangels ausreichender Leistungsfähigkeit nicht von den kreisangehörigen Gemeinden (und gegebenenfalls auch niederen Gemeindeverbänden, z. B. den Ämtern) selbst wahrgenommen werden können, - mit anderen Worten: daß es letztlich keine unmittelbar eigenen ("natürlichen") Kreisaufgaben gibt, bedarf angesichts der gegenteiligen Auffassung der herrschenden

begünstigen unmittelbar die Gemeindeverbände und umgekehrt. Dabei kann der Aufgabenbereich der Gemeindeverbände nie (auch) im echten

Meinung kurz der Begründung. Als "natürliche" Kreisaufgaben werden vor allem die "übergemeindlichen" angeführt: das sind in erster Linie diejenigen, die das Gebiet, sodann jene, die die organisatorische Eignung oder das Einzelinteresse der jeweils unmittelbar betroffenen kreisangehörigen Gemeinde überschreiten und die daher nach einer einheitlichen Durchführung (nämlich durch den Kreis) verlangen (s. hierzu z. B. Wagener, Die Städte im Landkreis, Göttingen 1955, S. 232 ff, sowie Woite, S. 84 ff (mit Nachweisen)). Auch diese Aufgaben sind aber ihrem Entstehungsgrund nach letztlich durchweg "örtliche" (i.S.v. "gemeindliche"), auch wenn sie sich allein überörtlich - hier vom Kreis - sinnvoll, sachgerecht und wirtschaftlich (kurzum: zweckmäßig) wahrnehmen lassen. Das zeigt ein Vergleich mit der kreisfreien Stadt, die bezüglich der der Sache nach "örtlichen" Aufgaben ja auf sich selbst gestellt ist, bei der es also auch nur "örtliche" (i.S.v. "gemeindliche") Aufgaben gibt. Zwar erscheinen bei ihr die in Frage kommenden Aufgaben angesichts ihrer Größe und Leistungsfähigkeit in einem grundsätzlich anderen Licht; bei genauerem Zusehen ist der Unterschied zur kreisangehörigen Gemeinde jedoch nur ein gradueller. So werden als die Hauptfälle solcher "übergemeindlichen" Aufgaben die Anlegung von Gemeindeverbindungs- und Kreisstraßen sowie überhaupt die Schaffung von übergemeindlichen, aber doch noch kommunalen Verkehrsanlagen genannt. Zu den Bedürfnissen einer jeden örtlichen Gemeinschaft gehört aber zunächst einmal eine Verbindung zum unmittelbaren Nachbarn (d.h. konkret: zur angrenzenden Gemeinde) und sodann eine Verbindung zu den Orten, die mit ihren Einrichtungen jene örtlichen Bedürfnisse erfüllen, die am eigenen Ort mangels ausreichender Leistungsfähigkeit nicht wahrgenommen werden können. Zwar ist bei der kreisfreien Stadt das Bedürfnis nach einer Verbindung nach außen verhältnismäßig gering, weil sie alle örtlichen Aufgaben selbst wahrnimmt, ihre Einwohner insoweit also keine anderen Orte aufsuchen müssen. Andererseits kann auch sie nicht auf eine Verbindung nach außen verzichten, etwa weil sie auswärtigen Lieferanten und Arbeitnehmern den Zugang zu ihrem Gebiet ermöglichen muß. Auch ihre Kompetenzen enden aber an der Grenze ihres Gebiets, so daß sie, um wirklich eine zweckmäßige Verbindung nach außen herstellen zu können, auf die Zusammenarbeit mit den angrenzenden Gemeinden, gegebenenfalls

Sinne ein "universaler", sondern immer nur ein ergänzender, "komplementärer", allerdings in seiner Subsidiarität umfassender sein, indem die Gemeindeverbände nur, aber auch alle jene der Sache nach örtlichen Aufgaben wahrnehmen, die die (gemeinde-) verbandsangehörigen Gemeinden mangels ausreichender eigener Leistungsfähigkeit nicht selbst erfüllen können. Zwar enthält Art. 28 II GG mit diesem differenzierenden Nebeneinander der - sich gegenseitig ergänzenden - Selbstverwaltungsgarantien zugunsten der Gemeinden und der Gemeindeverbände letztlich auch eine (und zwar eindeutige) Festlegung des Verhältnisses dieser Selbstverwaltungsbereiche zueinander, weil er keinen Zweifel daran läßt, daß die gemeindliche Selbstverwaltung unbedingt den Vorrang vor der der Gemeindeverbände hat (40); der staat-

auch mit dem angrenzenden Landkreis, angewiesen ist, ohne daß deshalb diese Aufgabe für sie eine "überörtliche" wäre. Nicht anders kann es dann grundsätzlich bei den kreisangehörigen Gemeinden sein, wenn bei ihnen auch - abgesehen von der regelmäßig mangelnden örtlichen Leistungsfähigkeit, die jedoch nichts am örtlichen Entstehungsgrund ändert - eine sinnvolle, sachgerechte und wirtschaftliche Erledigung dieser Aufgaben weit schwieriger zu erreichen und deshalb eine Zuständigkeit unmittelbar des Kreises dringend geboten ist. Abschließend bleibt also festzuhalten, daß für alle diese Aufgaben eine eigene gemeindliche Zuständigkeit zwar sehr unzumutbar, daß sie jedoch nicht undenkbar wäre und daß deshalb alle diese Aufgaben ihrem Entstehungsgrund nach "örtliche" sind, auch wenn (abgesehen von der fehlenden Leistungsfähigkeit) Gründe der Zweckmäßigkeit eine übergemeindliche Wahrnehmung verlangen.

- 40) Dieser Wille des Verfassungsgebers ergibt sich einmal aus der Entstehungsgeschichte, JöR N. F. Bd. 1, S. 255/56. Auch der Wortlaut des Art. 28 II 1 und 2 GG läßt aber keine andere Auslegung zu; s. hierzu z. B. W. Cantner, S. 414 ff; O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 388 ff; H. Peters, Probleme, S. 13 ff; H. Reschke, S. 40 ff; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 83; M. Woite, S. 84 ff. - Unter diesen Umständen ist es (auch hier) verfehlt, Art. 28 II 1 GG (hier im Hinblick auf den Schutz gegen eine Aufgabenentziehung zugunsten des Landkreises) als "Wesensgehaltsschranke" zu charakterisieren: Eine solche setzt nämlich eine Eingriffsmöglichkeit des Staates voraus, die nicht bereits sachlich hinreichend konkret begrenzt ist, so daß auf den allgemeinen Schutz des - nur sehr grob umrissenen - "Wesensgehalts" zurückgegriffen werden muß. Das ist hier aber

liche Gesetzgeber darf also nur solche (der Sache nach "örtlichen") Aufgaben den Gemeinden entziehen und einem Gemeindeverband zuweisen, die von den betroffenen Gemeinden selbst nicht effektiv und zweckmäßig erfüllt werden können. Diese Regelung der innerkommunalen Aufgabenaufteilung ist jedoch nicht die eigentliche Aufgabe, sondern lediglich die konkrete Ausgestaltung der Gewährleistung kommunaler Selbstverwaltung durch Art. 28 II GG (41); seine Hauptaufgabe besteht vielmehr - wie auch bei seinen Vorgängern, etwa Art. 127 WeimRV - eindeutig darin, den Bereich der der Sache nach "örtlichen"

gerade nicht der Fall, weil das Merkmal der ausreichenden bzw. mangelnden örtlichen Leistungsfähigkeit (trotz aller Zweifel in den Grenzbereichen; s. dazu oben Anm. 26), dessen Vorliegen über die Zulässigkeit eines Aufgabenentzugs entscheidet, sachlich feststellbar ist; eine zusätzliche, in ihrer Schutzwirkung überdies äußerst zweifelhafte "Wesensgehaltschranke" wird also gar nicht benötigt.

- 41) Die konkrete Aufgabenaufteilung zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden, hier insbesondere den Landkreisen, ist als Teil des allgemeinen Kommunalrechts dann Sache des Landesgesetzgebers (s. hierzu auch Woite, S. 86 ff). Wie oben dargelegt, ist dieser an die Festlegung des unbedingten Vorranges der gemeindlichen Selbstverwaltung durch Art. 28 II 1 und 2 GG gebunden, darf also - gleichgültig, ob die Zuweisung für jede Aufgabe einzeln oder aber generell erfolgt - nur solche der Sache nach "örtliche" Aufgaben den Gemeindeverbänden zuweisen, die von den Gemeinden selbst nicht effektiv und zweckmäßig wahrgenommen werden können. Da die Frage der ausreichenden örtlichen Leistungsfähigkeit unter verschiedenen Gesichtspunkten beurteilt werden kann und außerdem die Leistungsfähigkeit je nach der Größe, Finanz- und Verwaltungskraft der Gemeinden sehr unterschiedlich ist, bleibt zwar dem (Landes-) Gesetzgeber ein gewisser Spielraum sowohl für die Technik und das Verfahren der Aufgabenaufteilung als auch für diese selbst; dieser Spielraum wird jedoch nicht nur durch die Festlegung des allgemeinen gemeindlichen Vorranges, sondern weiterhin durch das Gebot der Verhältnismäßigkeit begrenzt, so daß die Gemeinden durch Art. 28 II 1 und 2 GG durchaus gegen einen übermäßigen Aufgabenentzug des Gesetzgebers zugunsten der Gemeindeverbände geschützt sind. Insbesondere ist der Landesgesetzgeber nicht frei bei der Einräumung einer sog. Kompetenz-Kompetenz zugunsten der Gemeindeverbände, d. h. der Befugnis, eine Aufgabe unter gleichzeitigem Ausschluß der Ge-

Angelegenheiten insgesamt und einheitlich von dem der staatlichen Aufgaben abzugrenzen und - unter Abschildung gegen den Staat - kommunalen Selbstverwaltungsträgern vorzubehalten. Der Inhalt der Gewährleistung kommunaler Selbstverwaltung durch Art. 28 II GG läßt sich hinsichtlich des Aufgabenbereichs folglich etwa dergestalt verdeutlichen: "Alle der Sache (nämlich dem Entstehungsgrund) nach "örtlichen" Angelegenheiten sind kommunalen Selbstverwaltungsträgern vorbehalten. Grundsätzlich werden alle diese Aufgaben von den Gemeinden wahrgenommen; soweit ihre Leistungsfähigkeit nicht ausreicht, dürfen die betreffenden Aufgaben durch Gesetz den Landkreisen oder engeren Gemeindeverbänden zugewiesen werden".

Abschließend kann bezüglich des Merkmals "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" in Art. 28 II 1 GG demnach festgestellt werden, daß hiermit nicht an die (unterschiedliche) Leistungsfähigkeit der einzelnen Gemeinde, sondern einheitlich an den (für alle Gemeinden gleichen) "örtlichen" Entstehungsgrund der in Betracht kommenden Aufgaben angeknüpft wird; nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 28

meinden in die (alleinige) eigene Zuständigkeit zu ziehen. Die sehr enge Begrenzung dieser Möglichkeit folgt nicht nur aus der Tatsache, daß auch im Rahmen der Ausübung der Kompetenz-Kompetenz der unbedingte Vorrang der Gemeinden vor den Gemeindeverbänden gewahrt werden muß, daß also der betreffende Gemeindeverband nicht mehr Rechte hat als der Gesetzgeber selbst; vielmehr ist das Verfassungsgebot, daß der Gesetzgeber selbst die Aufgabenaufteilung vornehmen muß, nur dann eingehalten, wenn der Gesetzgeber die Voraussetzungen der Ausübung der Kompetenz-Kompetenz (insbesondere also die Berücksichtigung des Vorranges der gemeindlichen Selbstverwaltung sowie die mangelnde Leistungsfähigkeit der betroffenen Gemeinden) derart genau festlegt, daß die Ausübung der Kompetenz-Kompetenz sachlich lediglich den Vollzug der Entscheidung des Gesetzgebers darstellt, daß die Entschließung des Gemeindeverbands also unmittelbar als die des Gesetzgebers selbst angesehen werden kann. Durch die Einräumung der Kompetenz-Kompetenz zugunsten der Gemeindeverbände darf der Gesetzgeber diesen also nie die Aufgabenaufteilung als solche, sondern lediglich den Vollzug einer von ihm - und zwar im Rahmen des Art. 28 II 1 und 2 GG - bereits konkret vorgeregelten Aufgabenaufteilung überantworten. - Die Einhaltung dieses von der Verfassung eingeräumten Vorranges vor den Gemeindeverbänden können die betroffenen Gemeinden dann notfalls im Wege der sog. gemeindlichen Verfassungsbeschwerde, § 91 BVerfGG, erzwingen.

II 1 GG sind "alle" diese der "Sache" nach "örtlichen" Aufgaben von Verfassungen wegen kommunalen Selbstverwaltungsträgern - primär den Gemeinden und subsidiär, bei mangelnder gemeindlicher Leistungsfähigkeit nach näherer Bestimmung des Gesetzgebers, den Gemeindeverbänden - vorbehalten, d. h. dem Staat ist es durch Art. 28 II GG verwehrt, auch nur eine der Sache nach "örtliche" Aufgabe an sich zu ziehen (42) (43).

Die Anknüpfung an den "örtlichen" Entstehungsgrund unabhängig von der "örtlichen" Leistungsfähigkeit hat zwar zur Folge, daß - abgesehen von den kreisfreien Städten, bei denen beides zusammenfällt - die Gewährleistung der gemeindlichen Selbstverwaltung durch Art. 28 II 1 GG hinsichtlich des Aufgabenbereichs insofern unvollständig ist, als sie den Gemeinden den Bereich der "örtlichen" Angelegenheiten nicht von Verfassungen wegen absolut und endgültig garantieren, sondern - in Verbindung mit Art. 28 II 2 GG - durch einfaches Gesetz einen Entzug derjenigen örtlichen Aufgaben zugunsten von Gemeindeverbänden zuläßt, für die die Leistungsfähigkeit der betroffenen Gemeinde nicht ausreicht. Diese "Unvollständigkeit" des Art. 28 II 1 GG ist jedoch nur eine scheinbare, weil dadurch der absolute Schutz des Bereichs der örtlichen Aufgaben dem Staat gegenüber - der herkömmlich die Garantie kommunaler Selbstverwaltung kennzeichnet - nicht berührt wird und weil überdies durch die eindeutige Festlegung des Vorranges der gemeindlichen Selbstverwaltung vor der der Gemeindeverbände von (Bundes-) Verfassungen wegen sichergestellt ist, daß - durch staatliches Gesetz - den Gemeinden nur solche örtlichen Aufgaben entzogen und den Gemeindeverbänden zugewiesen werden dürfen, die die örtliche Leistungsfähigkeit übersteigen.

Gewährleistet somit Art. 28 II 1 GG der gemeindlichen Selbstverwaltung dem Staat gegenüber den Bereich sämtlicher der Sache nach örtlichen Aufgaben und braucht der Frage

-
- 42) So im Ergebnis auch E. Bohley, Bay. Bürgermeister 1949, S. 265 ff; W. E. Genzer, Städtetag 1950, S. 317; W. Grafe, DöV 1955, S. 650; H. P. Ipsen, DöV 1955, S. 227; Keßler, DVBl. 1953, S. 2; R. Neuhoff, DöV 1952, S. 259 ff; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 49 ff.
- 43) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der sich anschließenden Klausel "im Rahmen der Gesetze"; über ihre nur sehr begrenzte, detaillierte Funktion, insbesondere über die Einräumung eines - nur mittels Gesetz auszuübenden staatlichen "Mitspracherechts" bei der Wahrnehmung der "örtlichen" Angelegenheiten durch die Gemeinden s. unten unter B II 6.

der Aufgabenaufteilung zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden als "kommunalinternem Problem" in diesem Zusammenhang nicht weiter nachgegangen zu werden (44), so muß nun konkret die Abgrenzung zwischen "örtlichen" und "staatlichen" Aufgaben untersucht und bestimmt werden.

Wegen der zahlreichen Wechselbeziehungen zwischen örtlicher und staatlicher Gemeinschaft fällt die Abgrenzung der unmittelbar örtlich bedingten von den typisch staatlichen Aufgaben zwar häufig sehr schwer; diese Schwierigkeit erlaubt jedoch nicht, der durch Art. 28 II 1 GG

-
- 44) Bei der Garantie kommunaler Selbstverwaltung durch das Grundgesetz geht es zunächst einmal weniger um die Rechte der Gemeinden anderen kommunalen Selbstverwaltungsträgern gegenüber (hier speziell: Sicherung des gemeindlichen Aufgabenbereichs gegenüber dem Landkreis) als vielmehr darum, daß alle der Sache nach "örtlichen" Aufgaben vor dem Zugriff des Staates gesichert und mit Hilfe der Einrichtung der kommunalen Selbstverwaltung letztlich der Selbsterledigung der davon betroffenen Bevölkerung vorbehalten werden (s. dazu auch oben Anm. 31); das aber ist durch Art. 28 II GG - wie dargelegt - in ausreichendem Maße geschehen. Für die gestellte Aufgabe - nämlich grundsätzlich Inhalt und Reichweite der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung durch das Grundgesetz zu bestimmen - genügt hier die Feststellung, daß innerhalb des derart absolut gegen den Staat geschützten Bereichs kommunaler Selbstverwaltung den Gemeinden ein - sachlich festgelegter - unbedingter Vorrang vor den Gemeindeverbänden eingeräumt ist, dessen Einhaltung durch den staatlichen Gesetzgeber bei der Aufgabenaufteilung von den betroffenen Gemeinden notfalls im Wege der gemeindlichen Verfassungsbeschwerde (§ 91 BVerfGG) erzwungen werden kann; s. hierzu auch oben Anm. 41. - Da es bei der weiteren Untersuchung nur noch auf die (konkrete) Abgrenzung des kommunalen Selbstverwaltungsbereichs vom staatlichen Bereich ankommt und da die Gemeinden im kommunalen Selbstverwaltungsbereich den unbedingten Vorrang haben, wird im folgenden immer einheitlich von der "gemeindlichen Selbstverwaltung" gesprochen, die mögliche Kürzung der gemeindlichen Aufgaben zugunsten von Gemeindeverbänden also bewußt unberücksichtigt gelassen; insoweit bedürfen dann alle Ergebnisse noch der Ergänzung durch die weitere Klärung der innerkommunalen Aufgabenaufteilung, die im Rahmen dieser Arbeit jedoch nicht erforderlich ist.

geforderten Unterscheidung auszuweichen oder sie im Wege eines bequemen Entweder - Oder zu lösen (45). So sei zur Klarstellung gegenüber einer oberflächlichen Betrachtungsweise hervorgehoben, daß allein daraus, daß keiner öffentlichen Aufgabe der örtliche Bezug völlig fehlt - weil nämlich jede öffentliche Aufgabe letztlich beim einzelnen Bürger anknüpfen muß und dieser immer zugleich Glied einer örtlichen Gemeinschaft ist -, nicht geschlossen werden darf, es gebe nur örtliche Aufgaben, ebensowenig wie andererseits allein die Tatsache, daß bei vielen typisch ortsbedingten Aufgaben auch die staatliche Gemeinschaft unmittelbar mitbetroffen ist, deren örtlichen Charakter aufhebt. Bei der wegen Art. 28 II 1 GG notwendigen Unterscheidung muß also sehr sorgfältig differenziert und jede einzelne der in Betracht kommenden Aufgaben genau geprüft werden, wobei die überlieferte Aufgabenaufteilung auf die gemeindliche Selbstverwaltung einerseits und den Staat andererseits, die - abgesehen von einigen historischen Besonderheiten (46) - ja ebenfalls sachlich begründet war, gewisse Anhaltspunkte liefern kann (47).

Eine Aufzählung der möglichen typischen Gemeindeaufgaben - die ja nur ein Spiegelbild jener materiellen und ideellen Bedürfnisse sind, welche sich unmittelbar aus dem Wohnen und Wirken einer Vielzahl von Menschen in der engen räumlichen Verbundenheit des Ortes ergeben - hätte zu beginnen mit den Notwendigkeiten des örtlichen Wohnungsbaues wie Bauplanung, Baulandbeschaffung und -erschließung, Versorgung mit Wasser und Energie, Bereitstellung der erforderlichen öffentlichen Wege und Straßen (einschließlich Beleuchtung) und gegebenenfalls auch Verkehrsmittel und schließlich Beseitigung der Abwässer und Abfälle durch Kanalisation und Müllabfuhr (48). Als nächstes wäre zu nennen die Schaffung

-
- 45) Gegen diesen "Grenzenlosigkeitsschluß" (bei dem von der Schwierigkeit der Abgrenzung auf das Nichtvorhandensein einer Grenze geschlossen wird) zog bereits C. Schmitt, Freiheitsrechte, S. 147 ff, zu Felde.
- 46) Über die unterschiedliche Entwicklung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts in den verschiedenen Ländern s. z. B. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 676 ff, insbes. S. 681 ff.
- 47) Keinesfalls aber ist die überlieferte Unterscheidung unter der Geltung des Art. 28 II 1 GG verbindlich; Einzelheiten s.u. unter B V 2.
- 48) Soweit hier die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Frage stehen, gelten Besonderheiten; über die "polizeilichen" Aufgaben s. u. im Text.

von den örtlichen Gegebenheiten angemessenen Bildungs-, Vergnügungs- und Erholungseinrichtungen wie einerseits Schulen, Bibliotheken, Museen und Theatern, andererseits Räumen für Gemeinschaftsveranstaltungen, Schwimmbädern, Sportanlagen, Parks und Grünanlagen. Des weiteren müssen die am Ort auftretenden sozialen Probleme gelöst werden durch die Einrichtung von Kindergärten, Krankenhäusern und Altersheimen sowie durch Gewährung von Armenhilfe (49). Auch die Bestattung der Toten stellt eine typische örtliche Aufgabe dar. Endlich gehört grundsätzlich auch die Aufrechterhaltung einer ein gedeihliches Zusammenleben in der örtlichen Gemeinschaft ermöglichenden Ordnung durch die Handhabung der "Ortspolizei" hierher. Da die Wahrnehmung der genannten Aufgaben, also insbesondere die Schaffung, der Betrieb und die Unterhaltung der verschiedenen Einrichtungen und "Veranstaltungen", einen hierzu geeigneten "Verwaltungsapparat" erfordert, kommt als weitere gemeindliche Angelegenheit die Bereitstellung und Organisation dieses "Apparats" von "persönlichen und sachlichen Mitteln" sowie die Verfügung über ihn hinzu (50). Als wesentliche örtliche Aufgabe ist schließlich noch die Verwaltung des Gemeindevermögens wie insbesondere Wald- und Landbesitz zu nennen.

Nun sind zwar alle diese Aufgaben "örtliche" in dem Sinne, daß sie wegen ihrer "Ortsgebundenheit" in der einzelnen Gemeinde zur Lösung anstehen; andererseits kann jedoch nicht übersehen werden, daß sie zu einem großen Teil - wenn auch (in der weit überwiegenden Zahl der Fälle) nicht der Art, so doch ihrem Umfange nach (51) - letztlich ver-

-
- 49) Auch die Gewährung von Sozialhilfe nach dem Bundessozialhilfegesetz (vorher von Fürsorge nach der Reichsfürsorgepflichtverordnung) ist also - abgesehen von den "überörtlichen" Fällen wie Hilfe für Blinde, Geisteskranke, Tuberkulosekranke u. ä. (s. § 100 BSHG) - im Verhältnis zum Staat eine kommunale Aufgabe und fällt daher unter Art. 28 II 1 GG, ohne daß es hier darauf ankäme, daß diese Aufgabe im Landkreis nicht den kreisangehörigen Gemeinden, sondern dem Landkreis obliegt, weil sie nämlich innerhalb des kommunalen Bereichs eine "überörtliche" Aufgabe darstellt (s. hierzu auch oben Anm. 19 sowie Anm. 31 zu B V).
- 50) In diesem Bereich entstehen die wohl schwerwiegendsten Probleme. So machen die Entscheidungen der verschiedenen Gerichte einschließlich des Bundesverfassungsgerichts über die Bedeutung der gemeindlichen "Personalhoheit" z.B. etwa die Hälfte aller zur Garantie der gemeindlichen Selbstverwaltung ergangenen Richtersprüche aus (Einzelheiten s. u. in Anm. 73)).

ursacht sind durch Verhältnisse und Entwicklungen, die außerhalb der Einflußsphäre der örtlichen Gemeinschaft liegen, auf die einzuwirken also nur der Staat in der Lage ist. Hier sei etwa darauf verwiesen, daß die schwierigsten Probleme, die die Gemeinden seit mehr als zwei Jahrzehnten zu lösen haben, aus dem Krieg und seinen Folgen her-rühren, nicht also der einzelnen örtlichen Gemeinschaft entstammen (52). Darüberhinaus bewirkt die zunehmende Einengung des Lebensraums innerhalb unseres Staates durch Bevölkerungsvermehrung und Flüchtlings-zustrom, verbunden mit einer unablässig gesteigerten Technisierung und Arbeitsteilung in allen Lebensbereichen, die ihrerseits die gegen-seitigen Abhängigkeiten innerhalb der staatlichen Gemeinschaft noch vermehren und daher in starkem Maße der zentralen Lenkung bedürfen, daß tatsächlich fast keine Materie mehr ohne unmittelbares Interesse für den Staat ist, daß folglich der staatlichen Gemeinschaft unausweich-lich immer mehr Aufgaben zuwachsen, also auch solche, deren Wahr-nehmung bisher allein den einzelnen örtlichen Gemeinschaften überlas-sen werden konnte. Schließlich heben der moderne Verkehr und seine Folgen tatsächlich jegliche örtliche Abgeschlossenheit auf, so daß von keiner in ihrem Wirken auf den eigenen örtlichen Bereich beschränkten Gemeinde mehr gesprochen werden kann (53).

Diese Tatsache, daß nämlich zahlreiche, wegen ihrer Ortsgebundenheit in der einzelnen Gemeinde wahrzunehmende Aufgaben qualitativ wie vor allem quantitativ letztlich nicht durch das Zusammenleben in der ört-lichen Gemeinschaft, sondern durch das Wirken des Staates oder sonst durch die allgemeine, dem Einfluß der Gemeinden entzogene Entwicklung

-
- 51) D.h. die betreffende Aufgabe würde auch sonst existieren, aber ihr Ausmaß wäre allein durch die örtlichen Verhältnisse bedingt und entsprechend allein von der örtlichen Gemeinschaft zu lösen; s. das Beispiel in der folgenden Anm. 52.
- 52) So war etwa die nach dem Krieg in den einzelnen Gemeinden auf-tretende Wohnungsnot (mit allen parallel laufenden Erscheinungen) nicht durch die örtlichen Verhältnisse bedingt - insoweit wären die Gemeinden zur Beseitigung allein in der Lage gewesen -, sondern eine Folge der Kriegszerstörungen sowie des Zustroms von Eva-kuierten und Flüchtlingen; ähnlich war die Hilfsbedürftigkeit einer Vielzahl von Menschen durch den Krieg bedingt, etwa weil der Ernährer fehlte oder weil keine Arbeitsplätze vorhanden waren.
- 53) S. hierzu u. a. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 715 ff; O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 34 ff, insbes. S. 36; K. J. Partsch, S. 312/13; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 51.

verursacht sind, bedeutet jedoch keineswegs, daß diese deshalb sämtlich - in vollem Umfange oder zumindest teilweise - zu typisch staatlichen geworden und folglich der gemeindlichen Zuständigkeit restlos "entwachsen" wären; vielmehr muß sowohl unter den verschiedenen Aufgaben als auch innerhalb jeder einzelnen (54) differenziert und unterschieden werden nach dem bereits staatlichen und dem noch immer örtlichen Anteil. So gibt es zwar unbestreitbar nur noch sehr wenige "rein örtliche" Angelegenheiten, d.h. solche, deren Wahrnehmung allein für die örtliche Gemeinschaft von Interesse und ohne unmittelbare Auswirkung auf die staatliche Gemeinschaft ist (55). Aber auch bei den Aufgaben, die den Staat unmittelbar mitbetreffen, bleibt fast immer ein primär örtlicher Bereich, dessen Regelung also der örtlichen Gemeinschaft nicht entzogen werden darf (56). Nur hinsichtlich jener Angelegenheiten oder jenes Anteils von Angelegenheiten, die, weil überwiegend

-
- 54) Daß eine solche Differenzierung innerhalb einzelner Aufgaben nicht nur möglich, sondern wegen der Garantie des Art. 28 II 1 GG sogar geboten ist, wird bisher noch kaum gesehen (s. jedoch bereits W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 47/48). Soweit "gemischte" Aufgaben vorhanden sind, müssen diese also entsprechend den beiderseitigen Anteilen in eine staatliche und eine (in der Regel nur primär) örtliche aufgespalten werden: Während die staatliche Aufgabe entweder unmittelbar durch eine staatliche Behörde oder aber von den Gemeinden nur in Form einer Auftrags- oder Weisungsangelegenheit wahrzunehmen wäre, hätte der Staat hinsichtlich der örtlichen Aufgabe lediglich ein (im Wege der gesetzlichen "Vorregelung" auszuübenden) Mitspracherecht und dies auch nur insoweit, als staatliche Belange unmittelbar mitbetroffen wären. - Über die Möglichkeit der praktischen Verwirklichung einer solchen Differenzierung (mit Hilfe der Rechtsform der in einigen Ländern eingeführten "Weisungsaufgaben") s. unten unter B V 3.
- 55) In Betracht kommen etwa die Anlegung unbedeutender Gemeindewege oder kleinerer Grünanlagen; dagegen hat die Einrichtung etwa von Büchereien oder Kinderspielplätzen bereits Auswirkungen über die betroffene Gemeinde hinaus, insbesondere dann, wenn es sich dabei um die Verwirklichung von überörtlich propagierten Forderungen handelt.
- 56) Die Festlegung "alle örtlichen Angelegenheiten" ist bei einer derartigen Differenzierung weit bedeutungsvoller, als man zunächst annimmt, eben weil sie den gesamten örtlichen Aufgabenbereich erfaßt (s. auch oben Anm. 54).

durch überörtliche (i.S.v. staatliche) Verhältnisse verursacht und damit ohne ursprüngliche unmittelbare Verbindung mit der Gemeinde, als typisch staatliche bezeichnet werden können, sind die örtlichen Gemeinschaften überhaupt unzuständig.

Zur Veranschaulichung dieser Unterscheidungen seien (unter Einhaltung der oben aufgestellten Reihenfolge der in Frage kommenden örtlichen Aufgaben) folgende, nur skizzenhafte Beispiele genannt: (57) (58)

- a. Die tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere die Enge des staatlichen Raums und die starke Interdependenz der zu berücksichtigenden Interessen (59), fordern eine überörtliche, die Gesamtheit der einzelnen Gemeinden umfassende "Raumordnung"; die Schaffung einer solchen Raumordnung wäre also eine typisch staatliche Angelegenheit. Da aber die Belange der staatlichen Gemeinschaft bereits durch die Aufstellung einer entsprechenden, für die einzelnen Gemeinden verbindlichen "Rahmenordnung" (60) ausreichend gesichert werden können, bleibt die

- 57) Angesichts der grundsätzlichen Fragestellung der Arbeit sowie des Umstands, daß eine ausführliche Behandlung der Einzelprobleme ins Uferlose führen würde, erscheint eine solche Beschränkung notwendig und gerechtfertigt.
- 58) Zu unterscheiden von der eigentlichen Aufgabenträgerschaft des Staates sind solche Hilfs- und Förderungsmaßnahmen, mit denen sich der Staat bei mannigfachen örtlichen Aufgaben beteiligt, die den örtlichen Charakter jener Aufgaben jedoch unberührt lassen. Hier ergibt sich das besondere Problem der "Einmischung" des Staates trotz fehlender Zuständigkeit, indem mit der gegebenen Hilfe bestimmte Einflußrechte verknüpft werden, die die gemeindliche Eigenverantwortung zwar im Prinzip nicht antasten, sie jedoch tatsächlich z.T. in erheblichem Maße einschränken. Dieses Problem ist indes in einem anderen Zusammenhang zu erörtern.
- 59) In laufend steigendem Maße bereitet hier der Gegensatz zwischen den Interessen der Industrie einerseits und denen der Bevölkerung nach angenehmer Wohngegend sowie nach Erholungsmöglichkeiten andererseits Schwierigkeiten. Dieser Gegensatz läßt sich nur überörtlich angemessen lösen.
- 60) Diese Rahmenordnung könnte etwa bestimmte Gebiete als (vorwiegend) Industrie-, andere als Wohngebiete ausweisen, dazu innerhalb der verschiedenen Industrien unterscheiden nach Umfang und Auswirkung auf die dort wohnenden Menschen, schließlich (in etwa) die Anteile innerhalb der Gemeinden an Wohn- und an Industriegebiet festlegen.

Planung im einzelnen eine örtliche Angelegenheit, auch wenn hier noch staatliche Interessen unmittelbar mitbetroffen werden (61).

- b. Wenn im Einzelfall wegen besonderer Verhältnisse die Beschaffung von Wasser und Energie zur überörtlichen (62) Aufgabe wird, so ist doch zumindest die Organisation der örtlichen Versorgung im einzelnen (63) immer eine Sache der örtlichen Gemeinschaft.
- c. Während Straßen für den Durchgangsverkehr allein Aufgabe des Staates sein können (64), bleibt die einzelne Gemeinde doch zuständig für die - allein oder auch nur primär - dem örtlichen Verkehr dienenden öffentlichen Wege. Ebenso muß bezüglich der Verkehrsmittel zwischen denen im überwiegenden Interesse des überörtlichen und denen des örtlichen Verkehrs unterschieden werden, wobei das örtliche Bedürfnis und somit die örtliche Zuständigkeit fast überall im Vordergrund stehen.
- d. Kanalisation und Müllabfuhr sind - im Rahmen der im überörtlichen Interesse notwendigen gesundheitspolizeilichen Vorschriften - typisch örtliche Aufgaben.
- e. Je höhere Anforderungen mit fortschreitender Entwicklung an Bildung und Ausbildung eines jeden einzelnen Bürgers gestellt werden, in desto stärkerem Maße wird das Bildungs- und Ausbildungswesen durch öffentliche Schulen eine Aufgabe des Staates. Hier kann die örtliche Gemeinschaft nur noch für die Schaffung der äußeren Voraussetzungen, also die Errichtung, Ausstattung und Unterhaltung der notwendigen Gebäude und Anlagen zuständig sein. - Im Gegensatz zum Schulwesen hat der Staat ein weit geringeres unmittelbares Interesse an sonstiger, zusätzlicher örtlicher Bildungsarbeit, wie sie von den Gemeinden etwa durch

-
- 61) Das Planungsrecht der Gemeinden (unterschieden in vorbereitende und verbindliche Bauleitplanung) ist nunmehr im Bundesbaugesetz - vom 23.6.1960, BGBl. I, S. 341 - positiv geregelt.
 - 62) Auch hier bedeutet "überörtlich" - wie überhaupt in Art. 28 II GG - "staatlich", so daß eine Aufgabenträgerschaft etwa des Landkreises nicht hierher rechnete.
 - 63) Nach der Abnahme des Wassers oder der Energie vom Staat bleibt eine Vielzahl von Aufgaben, etwa der Anschluß der Einzelabnehmer, die Vereinbarung von Abnahmebedingungen sowie die Festsetzung des Entgelts.
 - 64) S. die Regelungen im Bundesfernstraßengesetz sowie in den Straßen- und Wegegesetzen der Länder.

- die Einrichtung von Bibliotheken, Museen und u. U. sogar Theatern geleistet wird (65); allerdings können ausnahmsweise auch hier entsprechende zulässige staatspolitische Ziele eine eigene Zuständigkeit des Staates begründen (66).
- f. Um typisch örtliche Aufgaben - wenn auch z. T. unmittelbar staatliche Interessen betreffend - handelt es sich bei der Schaffung von Räumen für Veranstaltungen der örtlichen Gemeinschaft (67), Schwimmbädern, Sportanlagen (68) und Parks und Grünanlagen.
- g. Ähnlich verhält es sich mit der Einrichtung und dem Betrieb von Kindergärten, Krankenhäusern und Altersheimen; dagegen muß innerhalb der "Armenhilfe" im weiteren Sinne unterschieden werden zwischen den etwa unmittelbar durch den Krieg bedingten und daher typischerweise dem Staat obliegenden Fällen (69) und denen der herkömmlichen Fürsorge (neuerdings "Sozialhilfe"), die - bis auf wenige Ausnahmen - bis heute primär örtliche Aufgabe geblieben ist (70).
- n. Da die örtliche "Ordnung" (im polizeilichen Sinne) im wesentlichen mit der überörtlichen, einheitlich für die gesamte staatliche Gemeinschaft

-
- 65) Der örtliche Charakter dieser Aufgaben wird auch nicht dadurch aufgehoben, daß sich der Staat hier häufig - z. T. sogar in erheblichem Maße - mit finanziellen Hilfen beteiligt; hierüber sowie über die Gefahren der mit solchen Leistungen verknüpften staatlichen Einflußrechte s.o. Anm. 58 sowie unten unter B V 3.
- 66) Hier sei etwa auf die der Repräsentation dienenden staatlichen Einrichtungen verwiesen.
- 67) Auch der in Hessen - im Rahmen der "sozialen Aufrüstung des Dorfes" - stark geförderte Bau von sog. Dorfgemeinschaftshäusern ist örtliche Aufgabe geblieben, obwohl er ein herausragendes staatspolitisches Ziel darstellt.
- 68) Auch hier lassen staatliche Zuschüsse den örtlichen Charakter der Aufgabe unberührt.
- 69) Hier sei insbesondere auf die Leistungen des Staates an die Kriegsoffer im Rahmen des Bundesversorgungsgesetzes verwiesen.
- 70) Über den "örtlichen" (im Gegensatz zu "staatlichen") Charakter der Sozialhilfe s. o. Anm. 49; dabei interessiert im vorliegenden Zusammenhang die Frage der Aufgabenaufteilung innerhalb des kommunalen Bereichs nicht.

geltenden "Ordnung" übereinstimmt (71) - nicht zuletzt weil Ordnungsvorschriften regelmäßig in Freiheit und Eigentum "eingreifen", Beschränkungen von Freiheit und Eigentum im Rechtsstaat aber nur auf Grund von (staatlichen) Gesetzen zulässig sind -, stellt jede Störung dieser örtlichen Ordnung gleichzeitig eine unmittelbare Störung der staatlichen Ordnung dar; da der Staat die Einhaltung der durch seine Gesetze konkretisierten staatlichen Ordnung typischerweise selbst überwacht, ist die Ausübung auch der Ortspolizei also eine staatliche, keine örtliche Aufgabe (72).

- i. Eine typisch - wenn auch wegen der Möglichkeit, daß staatliche Interessen unmittelbar mitbetroffen werden, nicht allein - örtlich bedingte Angelegenheit ist schließlich die Bereitstellung und Organisation des zur Erfüllung der örtlichen Aufgaben notwendigen Verwaltungsapparates sowie die Verfügung über diesen, also insbesondere der Bau und die Ausstattung von Verwaltungsgebäuden sowie die Anstellung, Beschäftigung und Anweisung von Personal (73).

71) Die Regeln, die eingehalten werden müssen, um ein gedeihliches Zusammenleben der Menschen in der Gemeinschaft zu ermöglichen, sind nicht ortsgebunden, sondern im wesentlichen überall die gleichen, so daß es keine typische "örtliche Ordnung" gibt, deren Aufrechterhaltung den Gemeinden obläge.

72) Die Handhabung der Ortspolizei durch die örtliche Gemeinschaft selbst kommt also nur im Rahmen einer Auftrags- bzw. Weisungsaufgabe in Betracht, wo also die Verantwortung beim Staat bleibt, der seinen Willen mittels verbindlicher Weisungen an die Gemeinden durchsetzen kann (über die Rechtsnatur der "Weisungsaufgaben" s. u. unter B V 3).

73) Die Beantwortung der Frage nach Bedeutung und Reichweite der sog. gemeindlichen Personalhoheit bereitet besondere Schwierigkeiten: Auf der einen Seite kann nicht zweifelhaft sein, daß das "Verfügungsrecht" über das gemeindliche Personal zu den typischen und zugleich wesentlichsten örtlichen Aufgaben gehört und somit den Gemeinden nicht genommen werden darf; dieses Ergebnis ist in Schrifttum und Rechtsprechung einhellig anerkannt (s. z.B. O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 51 und S. 122 ff; A. Hamann, Anm. B 6 zu Art. 28 GG; H. P. Ipsen, DÖV 1955, S. 225 ff; Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. IV 1 d zu Art. 28 GG; Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 32 zu Art. 28 GG; - das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, insbesondere in seinem ersten einschlägigen Urteil vom 20.3.1952, E 1, S. 167 ff,

Da Art. 28 II 1 GG den Gemeinden das Recht gewährleistet, "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" zu regeln, fallen also alle diese Aufgaben in ihre Zuständigkeit, d. h. einschließlich derjenigen, bei denen auch staatliche Interessen unmittelbar mitbetroffen sind, solange sie nur ihren primär örtlichen Charakter behalten (74).

Über die Wahrnehmung typisch staatlicher Aufgaben durch die Gemeinden (sog. "Auftrags"- bzw. "Weisungsaufgaben" (75)) sagt das Grund-

S. 175 ff; das Bundesverwaltungsgericht z.B. in seinem Urteil vom 18.11.1955, E 2, S. 327 ff, S. 333; der Verfassungsgerichtshof von Nordrhein-Westfalen z.B. in seiner Entscheidung vom 21.8.1954, E 9, S. 74 ff, insbesondere 6. Leitsatz. - Entsprechend der Auffassung der herrschenden Meinung, wonach Art. 28 II 1 GG nur das "Wesen" der gemeindlichen Selbstverwaltung garantiert, wird die Personalhoheit zum "essentiellen Kern" der Selbstverwaltung gerechnet). - Andererseits sind aus mannigfachen Gründen staatliche Interessen unmittelbar mitbetroffen, so daß dem Staat Einflußrechte zugestanden werden müssen (eine hervorragende Rolle spielen hier die von den Gemeinden auf Weisung des Staates wahrgenommenen staatlichen Aufgaben). Hier muß bezüglich jedes einzelnen Gesichtspunktes genau untersucht werden, wieweit die unmittelbar mitbetroffenen staatlichen Interessen eine staatliche Einflußnahme dringend erfordern, wobei im Zweifel die örtlichen Belange den Vorrang haben (diese prinzipielle Frage wird unten unter B III erörtert). Dieser Frage kann jedoch nicht im einzelnen nachgegangen werden; es sei insoweit verwiesen auf die sorgfältig abwägenden Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in dem genannten Urteil (E 1, S. 167 ff).

- 74) Über die nur beschränkte Wirkung der Klausel "im Rahmen der Gesetze" - die nämlich lediglich ein staatliches "Mitspracherecht" hinsichtlich derjenigen (primär) örtlichen Aufgaben normiert, bei denen staatliche Interessen unmittelbar mitbetroffen sind, die also dem Staat kein Verfügungsrecht über den örtlichen Aufgabenbereich einräumt - s. u. unter B II 5.
- 75) Die Rechtsnatur der "Weisungsaufgaben" - bei denen also der Staat (ähnlich wie bei den "Auftragsangelegenheiten") den gemeindlichen Willen mittels seiner Weisungen verdrängen und ersetzen kann - wird unten unter B V 3 im einzelnen erörtert (s. auch Anm. 85).

gesetz - im Gegensatz zu allen Landesverfassungen (76) - nichts aus (77). Insbesondere kann die Festlegung des Grundgesetzes "... alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft ..." nicht gleichgesetzt werden mit der Forderung der Mehrzahl der Landesverfassungen (78), die "gesamte örtliche öffentliche Verwaltung" ausschließlich den Gemeindeorganen zu übertragen, also keine staatlichen Sonderbehörden neben der Gemeindeverwaltung einzurichten ("Einheit der öffentlichen Verwaltung in der Ortsstufe" (79)), weil hierin ja gerade auch die Wahrnehmung staatlicher, also nicht örtlicher Aufgaben eingeschlossen ist (79a). Immerhin läßt sich der Gewährleistung der gemeindlichen Selbstverwaltung in Art. 28 II 1 GG mittelbar entnehmen, daß die Inanspruchnahme der gemeindlichen (Selbstverwaltungs-) Organe für die Besorgung staatlicher Aufgaben diese nicht derart belasten darf, daß ihr eigentlicher Auftrag, nämlich die Wahrnehmung der örtlichen Angele-

-
- 76) S. Art. 71 III 1 und 75 II Baden-Württemberg, Art. 11 III und 83 IV 1 und 3 Bayern, Art. 137 IV Hessen, Art. 44 IV Niedersachsen, Art. 78 III und IV 2 Nordrhein-Westfalen, Art. 49 IV Rheinland-Pfalz; Art. 39 IV Schleswig-Holstein und Art. 124 Saarland.
- 77) Dies ist - bis auf wenige Ausnahmen, die jedoch auf einem Mißverständnis beruhen (s. z.B. W. Klatt, Bay. Bürgermeister 1950, S. 99 ff) - unbestritten; s. z. B. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 718 und S. 735/36; E. Bohley, Bay. Bürgermeister 1949, S. 266; O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 33; Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. IV 1 f (S. 709) zu Art. 28 GG; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 43; das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 22.11.1957, E 6, S. 19 ff, S. 23.
- 78) So Art. 71 II 1 Baden-Württemberg, Art. 137 I 1 Hessen, Art. 44 III Niedersachsen, Art. 78 II Nordrhein-Westfalen, Art. 49 I 1 und 2 Rheinland-Pfalz, Art. 39 I Schleswig-Holstein.
- 79) S. hierzu vor allem O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 34 ff, insbes. S. 37/38, sowie S. 86 ff, insbes. S. 94 ff, und W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 43 ff sowie S. 47 ff.
- 79a) Dies wird nicht selten verkannt; s. z.B. K. J. Partsch, S. 303 und S. 305 ff.

genheiten, dadurch wesentlich beeinträchtigt wird (80).

-
- 80) Die hier liegende Problematik ist zu vielschichtig, um an dieser Stelle im einzelnen erörtert werden zu können. Insbesondere steht der in allen Ländern im wesentlichen verwirklichte Grundsatz der "Einheit der öffentlichen Verwaltung in der Ortsstufe" der Idee der Selbstverwaltung der örtlichen Angelegenheiten insofern entgegen, als die Erfüllung einer Vielzahl von staatlichen Aufgaben durch die gemeindlichen (Selbstverwaltungs-) Organe deren Unterwerfung unter staatliche Weisungen bedingt, während "gemeindliche Selbstverwaltung" umgekehrt nach Eigenständigkeit und Eigeninitiative verlangt. Auf Grund der Erfahrung, daß der "Charakter" einer jeden Verwaltung von der zu verwaltenden Materie bestimmt wird, besteht nun aber angesichts des erdrückenden Übergewichts an staatlichen Aufgaben die Gefahr, daß die Gemeindeorgane mehr und mehr in die Stellung reiner Weisungsempfänger und Vollzugsorgane des Staates gedrängt werden und daß darüber ihr eigentlicher Auftrag, nämlich die eigenständige, schöpferische Wahrnehmung der örtlichen Angelegenheiten, vernachlässigt wird oder doch zumindest nicht in jenem Geist geschieht, der der Idee der gemeindlichen Selbstverwaltung entspricht. - Abgesehen von diesem mehr ideellen Aspekt stellen die von den Gemeindeorganen wahrzunehmenden staatlichen Aufgaben praktisch insbesondere deshalb eine erhebliche Gefahr für die gemeindliche Selbstverwaltung dar, weil durch sie ein beträchtlicher (wenn nicht gar der weitaus größere) Teil ihrer verfügbaren Mittel aufgebraucht wird, die dann für die Erfüllung der örtlichen Angelegenheiten fehlen. Zwar verpflichten die Länderverfassungen den Staat, den Gemeinden "die zur Durchführung ihrer eigenen und übertragenen Aufgaben erforderlichen Geldmittel ... zu sichern" und "ihnen für ihre freiwillige öffentliche Tätigkeit in eigener Verantwortung zu verwaltende Einnahmequellen zur Verfügung zu stellen" (s. z.B. Art. 137 V Hess. Verf.); wie die Erfahrung lehrt, bleibt ihnen tatsächlich jedoch nur ein ganz geringer Spielraum für eigene Dispositionen. - Die größte Gefahr für die gemeindliche Eigenständigkeit liegt schließlich in der in mancherlei Formen zu beobachtenden Übung des Staates, die durch die übergroße Last staatlicher Aufgaben verursachte Finanznot der Gemeinden in der Weise auszunutzen, daß örtliche Angelegenheiten mit Staatszuschüssen gefördert werden, mit denen verschiedenartige staatliche Einwirkungsrechte verbunden sind; dabei

Aus der allgemeinen Formulierung "alle Angelegenheiten regeln" ergibt sich schließlich, daß dieses Recht der Selbstverwaltung (81) alle zur angemessenen Erfüllung der örtlichen Aufgaben notwendigen rechtlichen Möglichkeiten und Kompetenzen umfaßt, konkreter: daß das Recht der Selbstverwaltung nicht nur den Gebrauch von Formen des Verwaltungsrechts gestattet, sondern auch materielle Normsetzung in der Form von Satzungen zuläßt, wenn die Art der Aufgabe dies erfordert. Die Gemeinden haben also zwecks "Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" - je nach sachlicher Notwendigkeit - sowohl das Recht der "Verwaltung" im engeren Sinne als auch das der Rechtsetzung (82) (83).

kommt dem Staat die Gewöhnung der Gemeindeorgane an die staatliche Bevormundung im Rahmen der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben besonders zustatten. Auf diese Weise verschafft sich der Staat ein Mitspracherecht in Bereichen, die ihm auf Grund der gemeindlichen Selbstverwaltungsgarantie von Verfassungen wegen verschlossen sein sollen (Einzelheiten über Probleme der finanziellen Eigenständigkeit werden unten unter B II 4 und B V 3 behandelt).

Andererseits soll gerade über die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch die gemeindlichen (Selbstverwaltungs-) Organe die örtliche Gemeinschaft auch an der Ausführung und - zumindest der Idee nach - sogar an der Verantwortung für eine ordentliche Erfüllung dieser staatlichen Aufgaben beteiligt werden (s. z.B. H. Görg, Bundesauftragsangelegenheiten, S. 41/42; Einzelheiten s. unten unter B V 3).

- 81) Wie es nämlich vom Grundgesetz in Art. 28 II 1 selbständig - d. h. ohne irgendeine Bindung an den überlieferten Bestand an gemeindlicher Selbstverwaltung - festgelegt ist; s. oben unter B I.
- 82) Letzteres wird herkömmlich als "Autonomie" bezeichnet (über diesen Begriff s.u.a. J. David, S. 4 ff und S. 22 ff, insbes. S. 28 ff, sowie das Bundesverwaltungsgericht, E 6, S. 247 ff, S. 249 ff); da jedoch der Begriff der "Autonomie" (i.S.v. Recht der "Selbstgesetzgebung") teilweise noch heute dem der "Selbstverwaltung" (im engeren Sinn von "Selbst-Verwaltung") entgegengesetzt wird mit der Folge, daß die Garantie der Selbstverwaltung die Autonomie nicht mit umfaßt (s. H. Peters, Grenzen, S.38), sollte der Begriff "Autonomie" im Rahmen des Art. 28 II 1 GG besser vermieden werden, um Mißverständnisse auszu-

- 4) Wesentliches Merkmal der gemeindlichen Selbstverwaltung ist gemäß Art. 28 II 1 GG weiterhin das Recht der örtlichen Gemeinschaft, ihre Angelegenheiten "in eigener Verantwortung" zu regeln. Damit ist ihr

schließen. - Bisher wird jedoch auch bei der Erörterung des Art. 28 II 1 GG stets noch von "Autonomie" gesprochen (so sämtliche in der folgenden Anm. gebrachten Fundstellen).

- 83) So auch die durchaus herrschende Meinung: s. z.B. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 712 und S. 723; J. David, S. 28 ff, insbes. S. 30 - 32; O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 37; A. Hamann, Anm. B 8 zu Art. 28 GG; Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. IV 1 c zu Art. 28 GG (S. 707); Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 35 zu Art. 28 GG; das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 7.3.1958, E 6, S. 247 ff, S. 252/53; - z.T. anderer Ansicht A. Köttgen, Die Gemeinde, S. 99 ff.

Allerdings bedarf diese Feststellung der Ergänzung und Erläuterung insofern, als innerhalb der möglichen gemeindlichen Satzungen unterschieden werden muß zwischen denjenigen, deren Bestimmungen in Freiheit und / oder Eigentum der Gemeinde-einwohner eingreifen und denjenigen, denen eine solche Wirkung nicht zukommt: Da im Rechtsstaat nur auf Grund eines (formellen) Gesetzes in Freiheit und Eigentum eingegriffen werden darf (Art. 1 ff., 19 GG), bedürfen entsprechende gemeindliche Satzungen, da sie im Rang unter dem Gesetz stehen, einer spezialgesetzlichen Ermächtigung durch Bundes- oder Landesgesetz (so insbesondere für die Erhebung von gemeindlichen Abgaben - Steuern, Gebühren und Beiträgen -, die Heranziehung zu persönlichen Dienstleistungen - z.B. Hand- und Spanndienste -, die Einführung eines Anschluß- und Benutzungszwanges für bestimmte Gemeinde-einrichtungen sowie Eingriffe und Beschränkungen im Rahmen der örtlichen Bauleitplanung und ihrer Vollziehung); für alle sonstigen gemeindlichen Satzungen genügt dagegen eine generelle Ermächtigung, wie sie bereits in den landesverfassungsrechtlichen Gewährleistungen gemeindlicher Selbstverwaltung und dann konkret in den einzelnen Gemeindeordnungen (z.B. § 5 I der Hess. GO) gegeben ist; insbesondere ist für diese Satzungen Art. 80 I GG mit seinen strengen Maßstäben nicht anwendbar, da dieser lediglich die abgeleitete Normsetzungsbefugnis staatlicher Exekutivorgane regelt, während die Gemeinden insoweit eigene "Gesetzgebung" wahrnehmen, also typischerweise ungebunden sind (s. hierüber

(abgesehen von ihrer Bindung an die Gesetze und vorbehaltlich staatlicher Eingriffsrechte im Rahmen der "Kommunalaufsicht" (83a)) grundsätzlich uneingeschränkte Freiheit bei der Wahrnehmung aller örtlichen Aufgaben - und zwar nicht nur bezüglich des "wie", sondern im Prinzip auch hinsichtlich der Frage, "ob" sie überhaupt eine Aufgabe übernehmen will (84) - eingeräumt; denn nur dort ist "Eigenverantwortung" möglich, wo der Betreffende über sein Tun frei, d. h. ohne Einfluß oder Mitwirkung Dritter, entscheiden kann. Art. 28 II 1 GG verbietet demnach für den Bereich der örtlichen Angelegenheiten von Verfassungen wegen jeden Eingriff von außen, der an die Stelle der freien Willensentschließung der örtlichen Gemeinschaft eine für diese verbindliche Entscheidung eines anderen setzt. Daher sind insbesondere staatliche Weisungen, die insoweit eine freie Willensbildung der Gemeinde ausschließen, im Selbstverwaltungsbereich als mit dem Recht auf Eigen-

z.B. J. David, insbes. S. 8 ff und S. 16 ff, und das OVG Münster in seinem Urteil vom 3.4.1957, E 12, S. 202 ff, S. 206/07; - daß jegliche gemeindliche Normsetzung eine zumindest generelle gesetzliche Ermächtigung voraussetzt, die einzelne örtliche Gemeinschaft also nicht aus ursprünglich eigenem Recht allgemeinverbindliche Regelungen für ihr Gebiet erlassen kann, folgt aus der Monopolisierung des Normsetzungsrechts beim modernen Staat; s. z.B. J. David, S. 22 ff, und das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 7.3.1958, E 6, S. 247 ff, S. 249 ff).

- 83a) Über die Befugnisse des Staates zur Überwachung der Gesetzmäßigkeit der örtlichen Selbstverwaltung (sog. Kommunalaufsicht) s. u. unter 5.
- 84) Gerade die Freiheit zu beschließen, ob eine bestimmte Aufgabe von der Gemeinde wahrgenommen werden soll oder nicht, macht wegen der grundsätzlichen Bedeutung solcher Entscheidungen das Wesen der gemeindlichen Selbstverwaltung aus. Aber auch in den Fällen, in denen der Gesetzgeber aus Gründen des überörtlichen Wohls die Frage des "ob" (vor-) entscheidet, bleibt die Regelung des "wie" dem eigenverantwortlichen Handeln der Gemeinde vorbehalten (Einzelheiten über die möglichen Abstufungen werden unten unter 5 behandelt). - S. hierzu u. a. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 716 ff.

verantwortung unvereinbar unzulässig (85).

Andererseits verbietet die Garantie gemeindlicher Eigenverantwortung nicht schlechthin jede Möglichkeit der Einflußnahme der staatlichen Exekutive auf gemeindliche Regelungen im Selbstverwaltungsbereich. Vielmehr läßt sie grundsätzlich - eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung vorausgesetzt (86) - eine "Mitwirkung" der staatlichen Exekutive in der Weise zu, daß die gemeindliche Entschlußfreiheit erst nachträglich - negativ - eingegrenzt wird, etwa indem die betreffende Regelung zu ihrer Wirksamkeit der staatlichen Billigung unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit bedarf, - in einer Weise also, die die gemeindliche Willensfreiheit nicht von vornherein

-
- 85) So ausdrücklich etwa auch E. Bohley, Bay. Bürgermeister 1949, S. 266. - Unter diesem Gesichtspunkt muß auch die Rechtsnatur der in mehreren Ländern unter Ersetzung der bisherigen "Auftragsangelegenheiten" eingeführten "Weisungsaufgaben" beurteilt werden (s. § 2 II GO Baden Württ., § 4 GO Hessen, § 5 II GO Nordrhein-Westf., § 3 II GO Schleswig-Holstein); s. hierzu eingehend J. David, S. 8 ff, insbes. S. 11 ff, mit weiteren Nachweisen, dem insoweit voll zuzustimmen ist: Soweit sich der Staat ein - wenn auch noch so sehr begrenztes - Weisungsrecht vorbehält oder aber auf Grund der Einlegung von Rechtsmitteln der Betroffenen nachträglich die Möglichkeit erhält, die gemeindliche Entscheidung aus Zweckmäßigkeitsgründen abzuändern, ist die gemeindliche Eigenverantwortung im Prinzip ausgeschlossen, auch wenn der Staat von diesen Eingriffsrechten tatsächlich keinen Gebrauch macht (Einzelheiten werden unten unter B V 3 erörtert).
- 86) Hierüber s. unten unter 5. - Zwar gehören die im folgenden behandelten "Genehmigungsvorbehalte", die dem Staat eine begrenzte Zweckmäßigkeitskontrolle ("Sonderaufsicht") gestatten, prinzipiell zu den Mitteln der staatlichen Aufsicht über die Gemeinden, so daß sie aus diesem Grund im einzelnen erst im Rahmen der Untersuchung der staatlichen Aufsichtsbefugnisse über die Gemeinden (unten unter 5) zu erörtern sind. Andererseits wäre auch unter dem Gesichtspunkt der staatlichen Aufsicht jegliche Zweckmäßigkeitskontrolle der gemeindlichen Selbstverwaltung unzulässig, wenn sie mit dem Grundsatz der örtlichen Eigenverantwortung schlechthin unvereinbar wäre, so daß diese Frage schon hier geprüft werden muß.

(auch nicht teilweise) - positiv - ausschließt (87) (87a). In jedem Falle müssen aber hier die Rechte des Staates eng begrenzt sein, so daß er seine Billigung nicht beliebig, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen versagen darf, damit der Gemeinde noch ein genügend großer Entscheidungsbereich und somit die Möglichkeit wirklich eigenverantwortlicher Entscheidung bleibt. Abgesehen davon sind derartige "negative" Eingriffsbefugnisse (da sie immerhin die gemeindliche Eigenverantwortung einengen) wegen der prinzipiell unbeschränkten Entscheidungsfreiheit der örtlichen Gemeinschaft nur ausnahmsweise zulässig (88).

Die Gewährleistung gemeindlicher Eigenständigkeit und Eigenverantwortung hinsichtlich der Wahrnehmung der örtlichen Aufgaben durch Art. 28 II 1 GG hat schließlich noch eine weitere, wesentliche Bedeutung: Da gemeindliche Eigenverantwortung in dem soeben dargelegten Sinn nur möglich ist, wenn und soweit die einzelne örtliche Gemeinschaft über die für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen

-
- 87) Es besteht also ein prinzipieller Unterschied zwischen dem Recht, eine bestimmte Maßnahme mittels entsprechender Weisung zu befehlen, einerseits und der Möglichkeit, im Wege der Verweigerung der Genehmigung einer bestimmten Maßnahme diese zu verhindern, andererseits; insoweit kann den Ausführungen K. Müllers, Genehmigungsvorbehalte, S. 184/85, der den Genehmigungsvorbehalt als "negatives Einzelweisungsrecht" auffaßt und dieses den (positiven) Weisungsrechten grundsätzlich gleichstellt, nicht beigepflichtet werden.
- 87a) Anders ist die Frage der Zulässigkeit von Genehmigungsvorbehalten mit dem Recht auch einer Zweckmäßigkeitskontrolle allerdings in den Ländern zu beurteilen, deren Verfassungen die staatliche Aufsicht über die gemeindliche Selbstverwaltung ausdrücklich auf die Rechtsaufsicht beschränkt haben (s. z.B. Art. 137 III Hessen; - über die Vereinbarkeit der überkommenen Genehmigungsvorbehalte mit diesem Landesverfassungsrecht s. insbesondere O. Gönnerwein, Die Kommunalaufsicht, S. 511 ff, und K. Müller, Genehmigungsvorbehalte, S. 170 ff). Insoweit gehen die betreffenden Landesverfassungen mit der Garantie gemeindlicher Selbstverwaltung also über Art. 28 II 1 GG hinaus.
- 88) Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (=Übermaßverbot) muß eine derartige Einschränkung der gemeindlichen Eigenverantwortung sowohl als solche als auch in ihrem konkreten Ausmaß notwendig sein; s. hierzu die Ausführungen unter B III 5 sowie vor allem unter B V 3.

finanziellen Mittel verfügt, ergibt sich aus Art. 28, II 1 GG - unmittelbar - die Pflicht des Staates, den Gemeinden - rechtlich und tatsächlich - zu ermöglichen, in eigener Verantwortung Finanzquellen zu erschließen (88a) und auszuschöpfen sowie die Erträge gleichermaßen frei zu verwenden (89) (90). Dazu gehört in rechtlicher Hinsicht in erster Linie die konkrete, wegen des rechtsstaatlichen Gesetzes-

-
- 88a) S. zu dem folgenden Problemkreis neuestens die Vorschläge der von Bund und Ländern gemeinsam eingesetzten Sachverständigenkommission für die Finanzreform speziell bezüglich einer Gemeindefinanzreform (Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland - sog. Troeger-Gutachten -, Stuttgart-Köln 1966, S. 17/18 (Ziff. 60 ff), S. 56 (Ziff. 220), S. 61 (Ziff. 240 ff), S. 64 ff, insbes. S. 81 ff, S. 85 ff, wo Bedeutung und Notwendigkeit gerade auch einer gemeindlichen Einnahmenhoheit hervorgehoben werden.
- 89) Wichtig ist die Feststellung, daß erst die Erschließung ("Objekts-hoheit") und die sich hieran anschließende Ausschöpfung ("Verwaltungshoheit") einer Finanzquelle einerseits sowie die Möglichkeit der freien Verwendung der tatsächlich verfügbaren Mittel (als Ausfluß der "Ertragshoheit") andererseits zusammengenommen echte "Finanzautonomie" ausmachen (in diesem Zusammenhang werden u. a. die Begriffspaare "Einnahmen- und Ausgabenwirtschaft" (O. Gönnenwein), "Bereitstellungs- und Bewirtschaftungsverantwortung" bzw. "Deckungs- und Ausgabenverantwortung" (F. Rietdorf) und "Einnahmen- und Ausgabenhoheit" (H. Sattler und G. Wixforth) gebraucht), - daß also dem Gebot gemeindlicher Eigenverantwortung auch im finanziellen Bereich nicht schon dann genügt ist, wenn den Gemeinden eine bestimmte Summe zur Verfügung gestellt wird, die sie dann nur noch frei ausgeben können. Daher erfüllt der Staat seine finanzielle Verpflichtung den Gemeinden gegenüber solange nicht, als er ihnen lediglich aus seinen Einnahmen (etwa in der Form von Schlüsselzuweisungen) feste Beträge überläßt, seien diese auch noch so reichlich (erst recht reichen Bedarfszuweisungen und zweckgebundene Zuschüsse nicht aus, da hier sogar die Ausgabenhoheit in Frage gestellt ist); vielmehr müssen die Gemeinden in die Lage versetzt werden, sich zumindest einen Teil ihres Finanzbedarfs selbst zu beschaffen. Dieser Forderung liegt nicht zuletzt die Erwägung zugrunde, daß von (umfassender) Eigenverantwortung erst dann die Rede sein kann, wenn die örtliche Gemeinschaft die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Mittel unmittelbar selbst auf-

vorbehalts für Eingriffe in Freiheit und Eigentum notwendige gesetzliche Ermächtigung zur Erhebung bestimmter gemeindlicher Abgaben (91), in tatsächlicher Hinsicht vor allem die Aussparung einzelner Steuerobjekte für den Zugriff der Gemeinden (92). Weiterhin müssen die auf diese Weise aufbringbaren Mittel ausreichen, neben den staatlichen Auftrags- bzw. Weisungsaufgaben und den eigenen Pflichtaufgaben ein Mindestmaß an freiwilligen örtlichen Aufgaben zu finanzieren, weil gerade dieser Bereich das Wesen gemeindlicher Selbstverwaltung ausmacht (93).

bringen muß und damit der einzelne Gemeindeeinwohner die aus den örtlichen Entschlüssen folgenden Lasten direkt zu spüren bekommt (nicht zu Unrecht ist die gemeindliche Selbstverwaltung als das Recht der einzelnen Gemeinde charakterisiert worden, "auf eigene Kosten Dummheiten zu machen"). - S. hierzu insbesondere G. Wixforth, Gemeindliche Finanzhoheit, passim, vor allem S. 16 ff (S. 23 ff!), mit zahlreichen Nachweisen (z.B. S. 2 ff); s. auch E. Becker, Finanzausgleich, S. 26/27; O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 111 ff; H. Görg, Problematik, S. 7 ff; K. M. Hettlage, Finanzverfassung, S. 1 ff, insbes. S. 8 ff; H. Pagenkopf, Kommunalwissenschaft, S. 88/89; F. Rietdorf, DÖV 1953, S. 226; Chr. Sasse, Problematik, S. 455/56; H. Sattler, Finanzverfassung, S. 3 ff; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 45 ff. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden, s. jedoch auch unten B V 3.

- 90) In Erfüllung dieser Verpflichtung hat der Bund durch das Finanzverfassungsgesetz vom 24.12.1956 die Realsteuern den Gemeinden von Verfassungen wegen garantiert, Art. 106 VI 1 GG, und zwar nicht nur hinsichtlich des Ertrages, sondern auch bezüglich der "Erschließung"; s. hierzu vor allem Chr. Sasse, Problematik, S. 455/56, und die in der vorangegangenen Anm. genannten Fundstellen.
- 91) Hierher zählen nicht nur gemeindliche Steuern, sondern auch Gebühren und Beiträge, die also als öffentlichrechtliches Entgelt bzw. als Vorteilsausgleichung für besondere gemeindliche Veranstaltungen erhoben werden (s. hierzu z.B. die §§ 1, 4 und 9 des Preußischen Kommunalabgabengesetzes vom 14.7.1893 sowie § 115 der Hess. GO).
- 92) S. hierzu die Ausführungen Chr. Sasses, Problematik, S. 450 ff, insbes. S. 455/56.
- 93) Wegen der "wesentlichen" Bedeutung der freiwilligen Aufgaben für das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht s. oben Anm. 84.

Die Festlegung "in eigener Verantwortung" in Art. 28 II 1 GG garantiert also zunächst einmal das Recht der örtlichen Gemeinschaft auf - grundsätzlich uneingeschränkte - Entscheidungsfreiheit bei der Wahrnehmung ihrer Angelegenheiten und schließt somit die Ersetzung des Gemeindewillens durch einen anderen (auch den des Staates) aus (94); gleichzeitig gewährleistet sie ein Mindestmaß gemeindlicher "Finanzautonomie" (95).

- 5) Die Klausel "im Rahmen der Gesetze" enthält zunächst allgemein den Hinweis darauf, daß die örtliche Gemeinschaft trotz der ihr eingeräumten Eigenständigkeit letztlich doch immer zugleich in die größere staatliche Gemeinschaft eingebettet bleibt und daß dieser daher die Möglichkeit vorbehalten ist, im Wege der Gesetzgebung zur Wahrung der überörtlichen Belange eine auch für die einzelnen örtlichen Gemeinschaften verbindliche staatliche Ordnung zu schaffen (96). Fraglich ist jedoch, wie sich diese "Einwirkungs"-Klausel (97) zugunsten der staatlichen

-
- 94) Obwohl sich die Garantie gemeindlicher Eigenverantwortung in erster Linie gegen die staatliche Exekutive richtet, indem sie staatliche Weisungen ausschließt, gilt sie insofern auch für den Gesetzgeber, als dieser - vorausgesetzt, daß er praktisch dazu überhaupt in der Lage wäre - eine örtliche Angelegenheit nicht derart bis in alle Einzelheiten (vor-) regeln darf, daß keinerlei Spielraum mehr für eigene Entscheidungen der Gemeinde bleibt; Einzelheiten hierüber s. im Anschluß unter 5.
- 95) S. hierzu oben Anm. 89; - im gleichen Sinne werden auch die Begriffe "Finanzhoheit" (s. z.B. K. M. Hettlage, H. Sattler) und "Finanzverantwortung" (F. Rietdorf, DÖV 1953, S. 226) gebraucht; wie hier z. B. W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 45. - S. auch oben Anm. 88 a.
- 96) Insoweit ist die häufig anzutreffende Feststellung, daß es gemeindliche Selbstverwaltung nur "im Rahmen der Gesetze" gebe - weil nämlich alle Akte der Gemeinde nicht in Widerspruch zu irgendwelchen Gesetzen stehen dürfen -, zutreffend; andererseits besteht jedoch die Gefahr, daß diese Feststellung dahin mißverstanden wird, Akte der gemeindlichen Selbstverwaltung seien in gleichem Maße "gesetzesakzessorisch" wie Maßnahmen der allgemeinen (staatlichen) Verwaltung (über das Ausmaß der Notwendigkeit gesetzlicher Ermächtigung für Akte der gemeindlichen Selbstverwaltung s. o. Anm. 83).
- 97) Darüber, warum es nicht zutreffend oder doch zumindest irreführend ist, hier von einem "Gesetzesvorbehalt" zu sprechen, s. im folgenden.

Gemeinschaft konkret auswirkt, genauer: inwieweit sie das Recht der örtlichen Gemeinschaft, alle ihre Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu regeln, einschränkt.

Da das Grundgesetz die wesentlichen Merkmale des Rechts der gemeindlichen Selbstverwaltung bereits selbst abschließend festlegt ("alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft", "in eigener Verantwortung", "in den Gemeinden muß das Volk eine Vertretung haben, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist" - d. h. das Vorhandensein demokratisch legitimierter Organe), läßt es insoweit keinen Raum für einen "echten" (d. h. - abgesehen von der Bindung an die "Konstitutionsprinzipien" der Verfassung oder an spezielle wesentliche Inhalte, wie sie etwa in der "Wesensgehaltschranke" des Art. 19 Abs. II GG für den Bereich der Grundrechte ausdrücklich normiert ist - grundsätzlich unbeschränkten) "Gesetzesvorbehalt" (98), so daß die Klausel "im Rahmen der Gesetze" schon aus diesem Grund keinen solchen darstellt. Außerdem verschließen sich die Merkmale "alle örtlichen Angelegenheiten", "in eigener Verantwortung" und "durch demokratisch legitimierte Organe" bei richtigem Verständnis einem echten Gesetzesvorbehalt, da sie zwar wohl kleinere Änderungen und Konkretisierungen in den Randbereichen zulassen, ihrem wesentlichen Inhalt nach jedoch unantastbar feststehen. Folglich muß die Klausel "im Rahmen der Gesetze" eine engere, konkretere Funktion haben als die, den oben näher skizzierten Bereich der gemeindlichen Selbstverwaltung dem Gesetzgeber generell, d. h. auch zu einschneidenden Maßnahmen, zu öffnen.

Die Stellung der Klausel "im Rahmen der Gesetze" in Art. 28 II 1 GG hinter dem Merkmal "alle örtlichen Angelegenheiten", aber vor dem "in eigener Verantwortung", läßt nur in begrenztem Umfang Schlüsse über ihre Reichweite zu: Einerseits hat es nicht nur optische Bedeutung, daß die Einschränkung "im Rahmen der Gesetze" - denn daß es sich um eine Einschränkung handelt, ergibt sich eindeutig aus den Worten "im Rahmen ..." - der Festlegung des Aufgabenkreises nicht vorangestellt ist, sondern diesem folgt, weil damit (zusätzlich! s. o.) klargestellt wird, daß der Bereich der Selbstverwaltungsaufgaben weder nur "im Rahmen" entsprechender Gesetze überhaupt existiert noch - als bereits ohne ent-

-
- 98) Dieser "Gesetzesvorbehalt" i. S. v. Ermächtigung des Gesetzgebers zu Einschränkungen von Grundrechten oder ähnlichen durch die Verfassung normierten Rechten ist zu unterscheiden vom "Vorbehalt des Gesetzes", der das Handeln der Exekutivorgane an entsprechende gesetzliche Ermächtigung bindet (s. hierzu z. B. D. Jesch, S. 29 ff, insbes. S. 31/32).

sprechende Gesetze vorhandener - durch Gesetze beliebig verändert, insbesondere beschnitten werden kann, sondern daß er der Sache nach unverrückbar feststeht. - Andererseits ergibt sich aus dem Sinnzusammenhang des Art. 28 II 1 GG wie überhaupt aus dem Wesen der gemeindlichen Selbstverwaltung (nämlich als Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch einen wenn auch weitgehend selbständigen, so doch in jedem Falle dem Staat als dem letztlich für alle öffentlichen Angelegenheiten zuständigen und verantwortlichen Gemeinwesen eingegliederten Verband) ebenso eindeutig, daß sich die Klausel "im Rahmen der Gesetze" nicht nur auf das nachfolgende Merkmal "in eigener Verantwortung", sondern auch auf das vorangehende "alle örtlichen Angelegenheiten" bezieht mit der Folge, daß sie auch im Hinblick auf den gemeindlichen Aufgabenbereich der Auslegung bedarf.

Unter diesen Voraussetzungen lassen sich Art. 28 II 1 GG im einzelnen folgende unterschiedliche Funktionen der Klausel "im Rahmen der Gesetze" entnehmen:

a. Gegenstand der gemeindlichen Selbstverwaltung sind die durch das Zusammenleben in der örtlichen Gemeinschaft bedingten, d. h. die "örtlichen" Aufgaben. Nun gibt es nur wenige "rein örtliche" Aufgaben in dem Sinne, daß jeder unmittelbare Bezug zur staatlichen Gemeinschaft fehlt, daß ihre Wahrnehmung (einschließlich der möglichen mannigfachen Auswirkungen (99)) also allein die örtliche Gemeinschaft berührt (100); bei der Mehrzahl der örtlichen Aufgaben dagegen ist die

99) In diesem Zusammenhang sei u. a. der wachsende Einfluß hervorgehoben, den die (überörtliche) Berichterstattung über örtliche Angelegenheiten durch Presse und Funk in einer Zeit hat, die - nicht zuletzt durch das demokratische Prinzip bedingt - außerordentlich publizitätsfreudig und zugleich bemüht ist, die von der sog. "öffentlichen Meinung" vorgebrachten Wünsche zu erfüllen.

100) Angesichts der bereits weit vorangeschrittenen Entwicklung zum "Wohlfahrtsstaat" gibt es mittlerweile kaum noch typische öffentliche Aufgaben, die inzwischen noch nicht allgemein und damit mehr oder weniger gleichförmig in allen Gemeinden wahrgenommen werden. Aus diesem Grunde kommen als "rein örtliche" Angelegenheiten in der Regel lediglich ausgesprochen "individuelle" Fälle (etwa die besondere Ausgestaltung einer nur für die betreffende Gemeinde interessanten Stätte, die Gewährung einer besonderen, über das normale Maß hinausgehenden Hilfe in einer außergewöhnlichen Notlage oder die Schaffung einer Einrichtung, die wegen ihrer Besonderheit nur in dieser Gemeinde sinnvoll oder notwendig ist) oder aber neue, "eigenartige" Wege für die Wahrnehmung der schon bisherigen Aufgaben in Betracht.

staatliche Gemeinschaft direkt mitbetroffen und daher mitinteressiert. Andere, der Sache oder ihrem Ursprung nach "eigentlich" örtliche Aufgaben wiederum sind tatsächlich überwiegend durch überörtliche Umstände verursacht oder haben im Laufe der Entwicklung ihre unmittelbare, typische Verknüpfung mit der örtlichen Gemeinschaft verloren, so daß diese in erster Linie nicht mehr als örtliche Gemeinschaft, sondern als Glied der staatlichen Gemeinschaft betroffen ist; hier handelt es sich in Wahrheit also um staatliche Aufgaben (101).

Aus der Gewährleistung des Art. 28 II 1 GG, wonach die Gemeinden für alle örtlichen Aufgaben zuständig sind, folgt nun die Notwendigkeit einer genaueren Analysierung und Einordnung aller in der einzelnen Gemeinde anfallenden Aufgaben, wobei - entsprechend dem Grad des Betroffenseins der örtlichen Gemeinschaft einerseits und der staatlichen andererseits - im wesentlichen drei Gruppen unterschieden werden müssen: die rein örtlichen, die typisch staatlichen und die (dazwischen liegenden) primär örtlichen, bei denen jedoch der Staat unmittelbar mitbetroffen ist. Während die rein örtlichen Aufgaben allein in die Kompetenz der örtlichen Gemeinschaft fallen und für die typisch staatlichen der Staat ausschließlich zuständig ist, steht die Wahrnehmung der primär örtlichen, aber gleichzeitig den Staat unmittelbar berührenden Aufgaben zwar grundsätzlich den Gemeinden zu; in diesem Bereich ist dem Staat jedoch - durch die Klausel "im Rahmen der Gesetze" in Art. 28 II 1 GG - ein Mitspracherecht eingeräumt.

Bereits die Durchführung dieser Unterscheidung und Abgrenzung der Aufgabenbereiche in der Praxis setzt voraus, daß irgendjemand zu einer entsprechenden, für die Beteiligten (Gemeinde und Staat) verbindlichen Entscheidung berechtigt ist. Insoweit normiert die Klausel "im Rahmen der Gesetze" das Recht des Staates, bezüglich jeder einzelnen Aufgabe durch Gesetz darüber zu befinden, ob es sich um eine rein örtliche, um eine typisch staatliche oder aber um eine primär örtliche Angelegenheit handelt, bei der gleichzeitig staatliche Belange unmittelbar mitbetroffen sind.

-
- 101) Als der Sache nach "eigentlich" örtliche Aufgabe, die jedoch durch überörtliche Verhältnisse verursacht ist, sei z. B. die materielle Sorge für diejenigen Menschen genannt, die in Not geraten sind als Folge des Krieges; gleichermaßen gehört der Wohnungsbau für Flüchtlinge, Evakuierte und andere Kriegsgeschädigte hierher. Ähnlich haben ursprünglich für den Ortsverkehr angelegte Straßen infolge starken Durchgangsverkehrs ihren Charakter als Ortsstraßen verloren

Wie aus dem Vorangegangenen (insbesondere aus dem oben unter 3 Ausgeführten) bereits hervorgeht, ist der staatliche Gesetzgeber jedoch nicht frei bei dieser Unterscheidung und Abgrenzung der Aufgabenbereiche, sondern an die tatsächlichen Verhältnisse gebunden, d.h. die Klausel "im Rahmen der Gesetze" stellt die Gesamtheit der in Frage kommenden Aufgaben keineswegs zur freien Disposition der staatlichen Gemeinschaft, sondern gibt dieser lediglich das Recht der verbindlichen Feststellung eines in der Sache selbst bereits vorgezeichneten Ergebnisses. Allerdings ist insofern notwendig ein gewisser "Ermessensspielraum" (102) eingeräumt, als die Grenzen nicht

-
- 102) Dieser Begriff trifft zwar nicht genau das, was konkret gemeint ist, denn der Sache nach handelt es sich gerade nicht um "Ermessen", sondern um enge Grenzbereiche, wie sie ähnlich bei den sog. "unbestimmten Rechtsbegriffen" vorliegen, wo man insoweit von "Beurteilungsspielraum" spricht; andererseits passen diese Begriffe des Verwaltungsrechts wiederum nicht für den Gesetzgeber, der typischerweise in seinen Entscheidungen frei ist und niemandem Rechenschaft schuldet (auch dort, wo seine Befugnisse infolge seiner Bindung an die Verfassung - insbesondere bei "engen" Verfassungssätzen oder konkreten Verfassungsbefehlen - von vornherein klar umgrenzt sind, kann seine Tätigkeit daher nicht mit der der "vollziehenden Gewalt" gleichgesetzt werden). Im Unterschied zum "unbestimmten Rechtsbegriff" findet der Begriff des "Ermessens" jedoch nicht nur im Verwaltungsrecht, sondern auch im Bereich der Gesetzgebung (wenn hier auch mit einem weiteren Inhalt) Anwendung. So hat z.B. das Bundesverfassungsgericht insbesondere in Fällen, in denen die Befugnisse des Gesetzgebers wegen der Bindung an Verfassungsnormen von vornherein nur sehr begrenzt waren, wiederholt von "gesetzgeberischem Ermessen" gesprochen (s. z.B. hinsichtlich der Bindung des Gesetzgebers an das Vorliegen eines "Bedürfnisses nach bundesgesetzlicher Regelung" i.S.v. Art. 72 II GG die Entscheidungen vom 30.4.1952, E 1, S. 264 ff, S. 272/73, vom 22.4.1953, E 2, S. 213 ff, S. 214 und S. 224/25, sowie vom 15.12.1959, E 10, S. 234 ff, S. 245/46). Um nicht einen neuen Begriff einführen zu müssen, wird daher auch hier auf den des (gesetzgeberischen) "Ermessens" zurückgegriffen; dabei ist jedoch zu beachten, daß dieser Begriff vorliegend nicht eine "Entscheidungsfreiheit" im konkreten Fall, sondern lediglich die grundsätzliche Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers bezeichnen soll, die daher - unbeschadet seiner Bindung bei nur feststellenden Entscheidungen -

starr, sondern - insbesondere angesichts der durch die tatsächlichen Verhältnisse bedingt zu Zentralisierung und Uniformierung drängenden Entwicklung - dauernd im Flusse sind, so daß die Klassifizierung einzelner Aufgaben durchaus zweifelhaft sein kann und somit dem Entscheidungsberechtigten die Wahl läßt. Auch kann umgekehrt eine entsprechende Gesetzgebung die tatsächliche Entwicklung beeinflussen und auf diese Weise eine gewisse Grenzverschiebung in der Sache verursachen, die dann ihrerseits wieder auf die Gesetzgebung zurückwirkt. In jedem Falle ist der Gesetzgeber jedoch nur zu einer "Feststellung" des im Tatsächlichen schon (zumindest weitestgehend) Entschiedenen, nicht zu einer freien "Entscheidung" berechtigt (103).

auch seine "Wahlmöglichkeit" in den verbleibenden Grenzreichen als "gesetzgeberische Freiheit" prägt (s. hierzu auch die folgende Anm.).

- 103) Derartige nur feststellende Entscheidungen sind zwar im Bereich der Gesetzgebung - da die gesetzgebende Gewalt, das vom Volk gewählte Parlament, als das oberste Staatsorgan grundsätzlich keinen Bindungen und Kontrollen unterliegt - seltener anzutreffen als im Verwaltungsrecht, wo der (nur) feststellende Verwaltungsakt seinen festen Platz hat. Andererseits ist eine solche Einengung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers durchaus nicht systemwidrig, sondern ergibt sich unmittelbar aus seiner Bindung an die Festlegungen der Verfassung. - Die Notwendigkeit ähnlicher, genau besehen nur feststellender Entscheidungen ergibt sich z.B. für den Bundesgesetzgeber einmal im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung, wo er das Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 72 II GG (insbesondere das "Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung") - wenn auch nicht ausdrücklich - feststellen muß, zum anderen überhaupt bezüglich der ihm in den Art. 73, 74 und 75 zugewiesenen Aufgabenbereiche, weil die Regelung dieser Sachgebiete jeweils zunächst eine - rein feststellende - Entscheidung über die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers voraussetzt (s. hierzu z.B. die Erläuterungen von Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 12 ff (insbes. 15) zu Art. 72 GG; s. auch die in der vorangegangenen Anm. angeführten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 72 II GG, die in dem in Anm. 102 a.E. erläuterten Sinn verstanden werden müssen, wenn es dort (E 2, S. 225) heißt: "Hierdurch (durch Art. 72 II GG) wird die Ermessensfreiheit des Bundesgesetzgebers eingeengt, der Entscheidung der Bedürfnisfrage bleibt jedoch der Charakter einer echten Ermessensentscheidung").

Aus der Klausel "im Rahmen der Gesetze" in Art. 28 II 1 GG kann demnach als erstes das Recht des staatlichen Gesetzgebers zur verbindlichen Grenzziehung zwischen den genannten drei Aufgabenbereichen entnommen werden. Offen bleibt hier jedoch die Frage, wie das dem staatlichen Gesetzgeber in den Grenzbereichen notwendig eingeräumte "Ermessen" auszuüben ist (etwa zugunsten der Gemeinde oder des Staates). Insoweit gibt Art. 28 II 1 allein also keine abschließende Antwort (104).

b. Das Hauptanwendungsgebiet der Klausel "im Rahmen der Gesetze" ist indes nicht die genannte (ja nur feststellende) Abgrenzung der Aufgabenbereiche, sondern die Ausübung des staatlichen "Mitspracherechts" (105) bezüglich der - im Wege der Abgrenzung ermittelten - prinzipiell örtlichen, gleichzeitig aber auch die staatlichen Belange unmittelbar berührenden Aufgaben (106).

-
- 104) Zwar liegt es nahe, bereits aus dem Wortlaut "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" von Verfassungen wegen auf einen Vorrang der Gemeinden vor dem Staat zu schließen mit der Folge, daß der Gesetzgeber im Zweifel zugunsten der gemeindlichen Zuständigkeit entscheiden müßte; dieser Schluß ist angesichts der sich anschließenden Klausel "im Rahmen der Gesetze" jedoch nicht notwendig richtig, da durch sie möglicherweise eine gleich- oder gar vorrangige Berücksichtigung der mitbetroffenen staatlichen Interessen ermöglicht werden sollte. Daher muß die Antwort auf anderem Wege gefunden werden (s. hierzu unter B III).
- 105) Dieser Ausdruck erscheint - besser als andere, in irgendeiner Weise bereits festgelegte Begriffe - geeignet, das eigenartige Neben- und Miteinander der beiderseitigen Regelungskompetenzen anschaulich zu charakterisieren (die besondere, mehrschichtige Art des Zusammenwirkens von Gemeinden und Staat bei der Wahrnehmung der sog. "Pflichtaufgaben nach Weisung" - d.h. der früheren "Auftrags-", also staatlichen Angelegenheiten - wird unten unter B V 3 im einzelnen erörtert; diese Aufgaben müssen jedoch wegen der dort möglichen staatlichen Weisungsrechte grundsätzlich von den hier behandelten Selbstverwaltungsaufgaben unterschieden werden).
- 106) Bisher wird dieses staatliche Mitspracherecht nicht unter dem Gesichtspunkt der Beschränkung der "örtlichen Angelegenheiten", sondern unter dem der Einflußnahme auf die "Regelung in eigener Verantwortung" erörtert. Da jedoch insoweit, als der Staat

In diesem Bereich sieht Art. 28 II 1 GG das Recht des Staates vor, sich im Wege der Gesetzgebung - unter entsprechender Einschränkung der gemeindlichen Entscheidungsfreiheit (107) - aktiv an der Wahrnehmung der örtlichen Aufgaben zu beteiligen, um auf diese Weise den überörtlichen Notwendigkeiten und Bedürfnissen sowie seinen Vorstellungen von deren bestmöglicher Berücksichtigung Geltung zu verschaffen. Dies geschieht regelmäßig in der Weise, daß der Staat durch Gesetz den örtlichen Gemeinschaften die Erfüllung bestimmter (örtlicher) Aufgaben zur Pflicht macht (108) und darüberhinaus häufig auch nähere Bestimmungen über die Art und Weise der Aufgabenerfüllung trifft, also sowohl das "ob" als auch das "wie" örtlicher Aufgaben "vorregelt" (109). Hier ist das Recht der örtlichen Gemeinschaft, ihre Angelegenheiten selbst zu regeln, dann darauf beschränkt, über die in dem staatlichen Gesetz offen gelassenen Fragen zu entscheiden.

Da das Grundgesetz den Gemeinden ausdrücklich die eigenverantwortliche Regelung aller örtlichen Angelegenheiten gewährleistet, ist dieses Mitspracherecht des Staates hinsichtlich der (nur) primär örtlichen Aufgaben jedoch insofern von vornherein absolut beschränkt, als die betreffenden staatlichen Gesetze die jeweilige Materie nicht in allen nur möglichen Einzelheiten vorregeln dürfen, sondern einen Teilbereich für eigenverantwortliche Entscheidungen der Gemeinden offen lassen müssen. Andererseits ist diese Schranke aber zunächst nur eine relative, denn

von seinem Recht auf "Mitsprache" Gebrauch macht, kein Raum mehr für eigenverantwortliche Entscheidungen der Gemeinde bleibt, handelt es sich tatsächlich um eine Beschneidung des örtlichen Aufgabenbereichs; zu einer Einschränkung der örtlichen Eigenverantwortlichkeit kommt es also gar nicht mehr (wegen der Einzelheiten s. Anm. 56 zu B V).

- 107) Eingriffe des Staates in den Bereich der (primär) örtlichen Aufgaben sind also durch Art. 28 II 1 GG nicht schlechthin verboten; sie dürfen jedoch - je nach dem Maß des Betroffenseins staatlicher Belange - immer nur eine Teil- (Vor-) Regelung der einzelnen Angelegenheiten bringen, niemals eine Aufgabe insgesamt der gemeindlichen Zuständigkeit entziehen.
- 108) Diese "Pflichtaufgaben" (als die eine Kategorie der "Selbstverwaltungsaufgaben", neben den "freiwilligen") müssen klar von den sog. "Pflichtaufgaben nach Weisung" unterschieden werden; hierüber s. unten unter B V 3.
- 109) Dieses Recht der "Vorregelung" läßt sich also etwa mit der Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes gegenüber den Ländern gemäß Art. 75 GG vergleichen.

Art. 28 II 1 GG enthält unmittelbar keine genauen Angaben darüber, unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Umfang die Klausel "im Rahmen der Gesetze" im Einzelfall die Einengung der freien örtlichen Willensbildung durch staatliche "Vorregelung" - sei es nur bezüglich des "ob" oder auch des "wie" einer Aufgabe - erlaubt (110), insbesondere, ob im Zweifel die örtlichen oder die überörtlichen Interessen den Vorrang haben.

Auch hinsichtlich der Reichweite des staatlichen Mitspracherechts im Bereich der grundsätzlich örtlichen Aufgaben, an deren Wahrnehmung der Staat jedoch wegen seiner unmittelbaren Betroffenheit interessiert ist, gibt Art. 28 II 1 GG allein also keine erschöpfende Auskunft.

c. Schließlich folgen aus der Beschränkung der eigenverantwortlichen Regelung der örtlichen Angelegenheiten durch den "Rahmen der Gesetze" Recht und Pflicht des Staates (111), die Einhaltung der Gesetze durch

110) Wenn überhaupt, so wäre nur in diesem Teilbereich der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung durch Art. 28 II 1 GG Raum für eine "Wesensgehaltsschranke", weil eine solche typischerweise das Fehlen von eindeutigen Verfassungsschranken voraussetzt; wie unter B III jedoch im einzelnen noch darzulegen ist, enthält das Grundgesetz auch insoweit klare Maßstäbe, die für die Bestimmung von Inhalt und Umfang der Gewährleistung in Art. 28 II 1 GG eine "Wesensgehaltsschranke" entbehrlich machen (eine Auseinandersetzung mit der abweichenden herrschenden Meinung folgt im abschließenden V. Teil).

111) Die Zuständigkeit des Staates (und zwar des betreffenden Landes nach der Zuständigkeitsverteilung des Grundgesetzes) zur Handhabung der Aufsicht über die gemeindliche Selbstverwaltung folgt aus der Tatsache, daß der moderne Staat letztlich für alle öffentlichen Aufgaben zuständig und für ihre ordnungsmäßige Wahrnehmung verantwortlich ist ("Öffentlichkeitsmonopol") und es daher auch dann bleibt, wenn die betreffende (örtliche) Aufgabe von einer kommunalen Gebietskörperschaft in eigener Verantwortung geregelt wird. Die Aufgabenträgerschaft des Staates ist insoweit nur beschränkt, nicht aber völlig ausgeschlossen (unter diesem Gesichtspunkt ist die Qualifizierung der gemeindlichen Selbstverwaltung als "mittelbare Staatsverwaltung" nicht zu beanstanden; tatsächlich trifft dieser Begriff jedoch für die gemeindliche Selbstverwaltung nicht zu, da ihm herkömmlich ein weiterer, mit den Grundsätzen des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts unvereinbarer Inhalt eignet, - s. z.B. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 168 ff, und O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 66 ff).

die örtliche Gemeinschaft zu überwachen und notfalls zwangsweise durchzusetzen (sog. Kommunalaufsicht).

Im einzelnen wird dem Staat durch die Klausel "im Rahmen der Gesetze" die Befugnis eingeräumt; durch Gesetz festzulegen, unter welchen Voraussetzungen und gegebenenfalls durch welche konkreten staatlichen Eingriffsmöglichkeiten (sog. Aufsichtsmittel) die örtliche Eigenverantwortung beschränkt werden kann. Prinzipiell soll durch diese Aufsicht des Staates allein die Einhaltung der Gesetze durch die gemeindliche Selbstverwaltung, genauer: durch die einzelnen örtlichen Gemeinschaften und ihr Wirken, sichergestellt werden. Ausnahmsweise kann sich der Staat durch entsprechendes Gesetz aber auch eine gewisse Zweckmäßigkeitskontrolle ("Fachaufsicht" oder spezieller "Sonderaufsicht") vorbehalten, die jedoch - wegen des Verbots "positiver" Einflußnahme - lediglich in Form einer nachträglichen ("negativen") Kontrolle zulässig ist und die den Gemeinden ausreichend Raum für eigene, in eigener Verantwortung zu treffende Entscheidungen lassen muß (111a). - Da die staatliche Aufsicht wegen der Notwendigkeit jeweils konkreter Maßnahmen im Einzelfall praktisch nur durch Exekutivorgane gehandhabt werden kann, ergibt sich aus der Klausel "im Rahmen der Gesetze" darüberhinaus mittelbar die Zuständigkeit der staatlichen Exekutive zur Wahrnehmung der gesetzlich im einzelnen geregelten Aufsicht über die örtlichen Gemeinschaften (112).

Ebensowenig aber wie hinsichtlich der beiden bisher erörterten Bereiche, in denen die Klausel "im Rahmen der Gesetze" eine konkrete Funktion hat (oben a. und b.), liefert Art. 28 II 1 GG für das Gebiet der staatlichen Aufsicht über die örtlichen Gemeinschaften endgültige Maßstäbe außer dem, daß die vom Gesetzgeber zu normierenden Aufsichtsmittel sowie ihre praktische Handhabung durch die staatliche Exekutive geeignet und ausreichend sein müssen, den Zweck der Aufsicht - nämlich die Einhaltung der Gesetze durch die gemeindliche Selbstverwaltung - zu erfüllen. Insbesondere enthält er keine eindeutige Aussage darüber, inwieweit der Gesetzgeber und / oder die zuständigen Exekutivorgane zugunsten der örtlichen Gemeinschaft an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (113) gebunden sind.

111a) S. insoweit die Ausführungen oben unter 4.

112) Einzelfragen der staatlichen Aufsicht über die gemeindliche Selbstverwaltung werden unten unter B III 5 sowie unter B V 3 erörtert.

113) Anschaulicher bezeichnet als "Übermaßverbot"; s. z.B. P. Lerche, *Übermaß*, passim.

d. Lediglich zur Klarstellung sei abschließend noch einmal allgemein auf die Bedeutung der Klausel "im Rahmen der Gesetze" hingewiesen, daß nämlich - abgesehen von der unter c. behandelten Ausnahme einer Zuständigkeit der staatlichen Exekutive zwecks Durchführung der staatlichen Aufsicht - die örtliche Gemeinschaft nur durch Gesetz in ihrer Eigenständigkeit eingeschränkt werden kann; d. h. nur das oberste Organ der staatlichen Gemeinschaft, die gewählte Volksvertretung, ist berechtigt zu entscheiden, ob und gegebenenfalls in welchem Maße die staatlichen Belange eine Einengung der gemeindlichen Selbständigkeit erfordern (114).

- 6) Die in der Form einer "Gemeinde" organisierte örtliche Gemeinschaft kann ihre Angelegenheiten jedoch nicht unmittelbar selbst regeln, sondern bedarf hierfür geeigneter Organe. Hier wird Art. 28 II 1 GG insoweit durch Art. 28 I 2 GG ergänzt, wonach "in den Gemeinden das Volk eine Vertretung haben muß, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist". In deutlichem Unterschied zur Regelung der Weimarer Reichsverfassung (Art. 17) schreibt das Grundgesetz also nicht mehr die Verhältniswahl für Gemeindewahlen vor. Angesichts der Hervorhebung der Eigenverantwortlichkeit der örtlichen Gemeinschaft hinsichtlich ihrer Angelegenheiten durch Art. 28 II 1 GG bedeutet dieser Wandel gegenüber dem früheren Recht jedoch nicht nur die Möglichkeit, sondern die Notwendigkeit einer Anpassung des Gemeindewahlrechts an die typischen örtlichen Verhältnisse, d.h. für den für das Kommunalwahlrecht zuständigen Landesgesetzgeber folgt aus Art. 28 I 2 i.V.m. Art. 28 II 1 GG die Verpflichtung, ein Gemeindewahlrecht zu schaffen, das eine bestmögliche Vertretung der örtlichen Gemeinschaft in ihren Organen und damit ihre optimale Beteiligung an der Verantwortung für die örtlichen Angelegenheiten sicherstellt. Hierzu gehört bei überschaubaren örtlichen Verhältnissen insbesondere die Ermöglichung der Wahl von Einzelpersonlichkeiten oder auch von Vertretern nur örtlicher Gruppen (115).

Zwar bleibt in Art. 28 II 1 i.V.m. Art. 28 I 2 GG offen, wie die Re-

114) Zur Bedeutung des Gesetzes-"Vorbehalts" in diesem Sinne s. D. Jesch, insbes. S. 29 ff sowie S. 171 ff.

115) Hierauf hat vor allem das Bundesverfassungsgericht in mehreren Entscheidungen zum Kommunalwahlrecht mit Recht hingewiesen, so insbesondere in dem Beschluß vom 12.7.1960, E 11, S. 266 ff (s. auch W. Grundmann, passim). Einzelheiten werden unten unter B V 4 erörtert.

gelung der örtlichen Angelegenheiten durch die derart gewählte Volksvertretung im einzelnen zu erfolgen hat, insbesondere, ob und gegebenenfalls welche weiteren Gemeindeorgane geschaffen und mit welchen Aufgaben sie betraut werden können (116); soviel ist diesen Bestimmungen aber jedenfalls zu entnehmen, daß die örtliche Volksvertretung letztlich für alle örtlichen Aufgaben zuständig sein muß und daß, soweit das betreffende Landesrecht weitere Organe vorsieht, diese ebenfalls demokratisch legitimiert sein müssen (117). Dabei handelt es sich vom Standpunkt des Art. 28 II 1 i.V.m. Art. 28 I 2 GG aus bei einer "Funktionenteilung" zwischen mehreren Gemeindeorganen (also typischerweise zwischen Gemeindevertretung und Gemeindevorstand) nicht um eine prinzipielle Frage etwa im Sinne der Verwirklichung des Grundsatzes der "Gewaltenteilung", sondern eine solche der Zweckmäßigkeit (118). Somit genügt die sog. innere Gemeindeverfassung schon dann den Anforderungen des Art. 28 II 1 i.V.m. Art. 28 I 2 GG, wenn die unmittelbar gewählte örtliche Volksvertretung maßgebliches, d.h. letztlich für alle örtlichen Angelegenheiten zuständiges und verantwortliches Gemeindeorgan ist und mögliche weitere Gemeindeorgane ebenfalls demokratisch legitimiert sind, ihre Stellung also zumindest mittelbar vom Willen der örtlichen Gemeinschaft ableiten (119).

- 7) Die Verfassungen der Länder der Bundesrepublik regeln das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht meist ausführlicher und auch konkreter als

-
- 116) Damit überläßt das Grundgesetz die Gestaltung der sog. inneren Gemeindeverfassung (z.B. ob "monistisches" oder "dualistisches" Prinzip, ob monokratischer oder kollegialer Gemeindevorstand) ausschließlich dem Landesgesetzgeber. - Hieraus eine Unvollständigkeit der Selbstverwaltungsgarantie des Grundgesetzes zu folgern, ist jedoch nicht angängig, da gemeindliche Selbstverwaltung auch ohne Festlegung einer bestimmten "inneren Gemeindeverfassung" ausreichend gewährleistet werden kann.
- 117) Diesem Erfordernis genügt sowohl die Wahl des Gemeindevorstands unmittelbar durch die Gemeindebürger als auch die Wahl durch die Vertretungskörperschaft.
- 118) S. hierzu z.B. O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 308 ff, und W. Loschelder, Gemeindeordnungen, S. 46 ff.
- 119) Einzelfragen - insbesondere zum Kommunalwahlrecht - werden unten unter B V 4 erörtert.

Art. 28 II 1 GG (120), so daß man geneigt sein könnte, diese Bestimmungen des Landesverfassungsrechts bei der Auslegung des Art. 28 II 1 GG zu Hilfe zu ziehen. Solches Vorgehen verbietet sich aber von selbst, wenn man bedenkt, daß Art. 28 GG, der u. a. das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht regelt, gerade verbindliche Mindestanforderungen für die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern aufstellt und daher seinerseits den Inhalt des Landesverfassungsrechts bestimmt, unmöglich also umgekehrt durch dieses Landesverfassungsrecht ergänzt oder sonst irgendwie beeinflußt sein kann. Müssen sich somit die Landesverfassungen bei der Ausgestaltung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts ihrerseits im Rahmen der "Normativbestimmung" des Art. 28 II 1 GG halten, so kann bei der Auslegung dieser Vorschrift nicht auf Landesverfassungsrechts zurückgegriffen werden (121). Aus dem gleichen Grunde scheidet die Möglichkeit der Berücksichtigung sonstigen Landesrechts aus.

- 8) Da das Grundgesetz in Art. 28 II 1 das Recht der gemeindlichen Selbstverwaltung selbständig in seinen wesentlichen Merkmalen festlegt, wur-

120) S. Art. 71 (i.V.m. Art. 72, 73 und 75) Baden Württemberg, Art. 11 (i.V.m. Art. 83) Bayern, Art. 137 (i.V.m. Art. 138) Hessen, Art. 44 (i.V.m. Art. 45) Niedersachsen, Art. 78 (i.V.m. Art. 79) Nordrhein-Westfalen, Art. 49 (i.V.m. Art. 50) Rheinland-Pfalz, Art. 39 (i.V.m. Art. 40, 41 und 42) Schleswig-Holstein, Art. 122 (i.V.m. Art. 123, 124, 125, 126 und 127) Saarland.

121) S. hierzu z.B. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 737, und O. Gönnewein, S. 43 ff. - Die Auffassung W. Webers, Staats- und Selbstverwaltung, S. 36/37 und S. 55, wonach sämtliche Einzelregelungen der Landesverfassungen "in der institutionellen Selbstverwaltungsgarantie des Grundgesetzes ebenfalls, wenn auch unausgefaltet, beschlossen liegen", geht zu weit, wenn ihm auch darin beizupflichten ist, daß Art. 28 II 1 GG das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht weit vielseitiger und zugleich konkreter regelt, als gemeinhin angenommen wird, und daß die in den Landesverfassungen detailliert behandelten Fragen wie z.B. die der Kommunalaufsicht oder der Sicherung der gemeindlichen Finanzen in Art. 28 II 1 GG zumindest im Grundsatz entschieden sind. Diese Auffassung birgt jedoch - und zwar zum Schaden der gemeindlichen Selbstverwaltung - insbesondere die Gefahr der Unglaubwürdigkeit in sich, indem mehr in Art. 28 II 1 GG hineininterpretiert wird, als sich mit den anerkannten Auslegungsmethoden ermitteln und überprüfen läßt.

de bei dem Versuch, den durch das Grundgesetz gewährleisteten Inhalt dieses Rechts zu ermitteln, bisher allein vom Wortlaut dieser Bestimmung ausgegangen. Auf diesem Wege wurden bereits recht konkrete Ergebnisse gewonnen:

- a. Der Inhalt des durch Art. 28 II 1 GG gewährleisteten gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts ist nur aus dem Spannungsverhältnis zwischen der einzelnen örtlichen Gemeinschaft einerseits und der alle örtlichen Gemeinschaften umfassenden staatlichen Gemeinschaft andererseits heraus richtig zu begreifen.
- b. Innerhalb der in der einzelnen Gemeinde zur Lösung anstehenden öffentlichen Aufgaben ist der Sache nach zu unterscheiden zwischen den rein örtlichen, den typisch überörtlichen (i.S.v. staatlichen) und den primär örtlichen, aber zugleich staatliche Interessen unmittelbar betreffenden Angelegenheiten; aus der Klausel "im Rahmen der Gesetze" ergibt sich die Zuständigkeit des staatlichen Gesetzgebers zu einer entsprechenden, durch die Sache bereits vorbestimmten Feststellung.
- c. Die rein örtlichen Angelegenheiten werden allein von der örtlichen Gemeinschaft in eigener Verantwortung wahrgenommen, während die Erfüllung der typisch überörtlichen (i.S.v. staatlichen) Aufgaben dem Staat obliegt.
- d. Für den Bereich der primär örtlichen, aber zugleich staatliche Interessen unmittelbar mitbetreffenden Angelegenheiten behält die Klausel "im Rahmen der Gesetze" der staatlichen Gemeinschaft zur Wahrung ihrer Belange ein Mitspracherecht vor, das die Entscheidungsfreiheit der örtlichen Gemeinschaft insoweit einschränkt; eine solche "Vorregelung" von örtlichen Aufgaben durch staatliches Gesetz darf jedoch nie die örtliche Eigenverantwortung völlig ausschließen.
- e. Die Klausel "im Rahmen der Gesetze" bedeutet weiterhin Recht und Pflicht der staatlichen Gemeinschaft, die Einhaltung der Gesetze durch die örtliche Gemeinschaft zu beaufsichtigen; sie ermächtigt also die staatliche Gemeinschaft, die zu diesem Zweck erforderlichen Aufsichtsmittel gesetzlich zu normieren und sie durch ihre Exekutivorgane tatsächlich zu handhaben.
- f. Schließlich muß - um allen Gliedern der örtlichen Gemeinschaft gleichermaßen die Mitwirkung bei der Erledigung der gemeinsamen Aufgaben zu ermöglichen - als letztlich für alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft zuständiges Organ eine nach demokratischen Grundsätzen gewählte Bürgerschaftsvertretung vorhanden sein; mögliche weitere Organe bedürfen zumindest mittelbar der Zustimmung der Bürgerschaft.

Andererseits mußte jedoch festgestellt werden, daß die Maßstäbe, die

Art. 28 II 1 GG zur Verfügung stellt, allein nicht ausreichen, alle im Spannungsverhältnis örtliche - staatliche Gemeinschaft auftretenden Konfliktsfälle zu lösen. Insbesondere läßt sich die prinzipielle Frage, ob im Zweifel grundsätzlich die Belange einer Seite (und gegebenenfalls welcher, der örtlichen oder der staatlichen Gemeinschaft) den Vorrang haben oder ob die beiderseitigen Interessen gleichrangig sind mit der Folge, daß das Ergebnis durch Abwägung jeweils für den Einzelfall konkret gefunden werden muß, allein aus Art. 28 II 1 GG nicht beantworten, da er die Eigenständigkeit der örtlichen Gemeinschaft in kein festes Verhältnis zu den Einwirkungsrechten des Staates auf Grund der Klausel "im Rahmen der Gesetze" setzt. Im einzelnen bleiben folgende Punkte offen:

a. Soweit die Klausel "im Rahmen der Gesetze" die staatliche Gemeinschaft ermächtigt, die in der einzelnen Gemeinde anfallenden Aufgaben verbindlich als örtliche, staatliche oder primär örtliche ("gemischte") zu klassifizieren (s.o. unter 6 a), fehlen Anhaltspunkte dafür, wie das in den Grenzbereichen notwendige Ermessen auszuüben ist, ob also z.B. prinzipiell zugunsten etwa der örtlichen (oder aber umgekehrt der staatlichen) Gemeinschaft zu entscheiden ist oder ob die beiderseitigen Belange als gleichrangig angesehen und jeweils im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden müssen.

b. Ebenso bleibt bezüglich des staatlichen Mitspracherechts im Bereich der primär örtlichen, aber auch staatliche Belange unmittelbar mitbetreffenden Aufgaben offen, unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Umfang dieses geltend gemacht werden darf (bzw. muß).

c. Schließlich können der Klausel "im Rahmen der Gesetze" auch keine ausreichend sicheren Maßstäbe hinsichtlich der staatlichen Aufsichtsrechte über die örtlichen Gemeinschaften entnommen werden.

Da jedoch die Ausgestaltung des Rechts der gemeindlichen Selbstverwaltung - in deren Rahmen, in Ergänzung der Tätigkeit des Staates, bedeutende öffentliche Aufgaben wahrgenommen werden (122) - einen wesentlichen Teil der Staatsverfassung darstellt und daher unmöglich angenommen werden kann, daß die geschriebene Verfassung, die doch die gesamte staatliche Ordnung abschließend normieren soll (123), die

122) (Nur) insoweit ist es berechtigt, die Wahrnehmung von Selbstverwaltungsaufgaben durch die Gemeinden als "mittelbare Staatsverwaltung" zu bezeichnen (s. hierzu oben Anm. 103).

123) S. hierzu die Ausführungen oben unter B I.

Abgrenzung der Rechte der örtlichen Gemeinschaft von denen des Staates und damit überhaupt die Inhaltsbestimmung der gemeindlichen Selbstverwaltung unbestimmt läßt, muß das Grundgesetz an anderer Stelle eine Antwort auf die in Art. 28 II 1 offengebliebenen Punkte geben; letzter Maßstab sind in jedem Fall die dem Grundgesetz zugrundeliegenden, es im Ganzen wie dann auch in seinen Einzelregelungen konstituierenden Leitprinzipien (124). Im folgenden soll daher versucht werden, die aus Art. 28 II 1 GG allein nicht ersichtlichen Anhaltspunkte für eine klare Inhaltsbestimmung der gemeindlichen Selbstverwaltung - unter Abgrenzung von den Rechten des Staates - aus der Interpretation des Gesamtzusammenhanges des Grundgesetzes, also insbesondere aus seinen Konstitutionsprinzipien, zu gewinnen.

124) S. oben Anm. 6 zu A/B I.

III. Teil : Der Einfluß der "Konstitutionsprinzipien" des Grundgesetzes auf den Inhalt der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung in Art. 28 II 1 GG.

- 1) Vor und über allen Bestimmungen des Grundgesetzes steht sein Bekenntnis zur Würde des Menschen, die zu achten und zu schützen alle staatliche Gewalt verpflichtet ist, Art. 1 I; darum ist die vom Grundgesetz verfaßte Gemeinschaftsordnung durch unverletzliche Menschenrechte gekennzeichnet und darum endet alle staatliche Gewalt gegenüber dem einzelnen vor jenen Schranken, die eben durch diese Menschenrechte gesetzt sind, Art. 1 II und III (1).

Dem liegt eine Vorstellung vom Menschen zugrunde, der "Mensch ist kraft seines Geistes, welcher ihn abhebt von der unpersönlichen Natur und ihn aus eigener Entscheidung dazu befähigt, seiner selbst bewußt zu werden, sich selbst zu bestimmen und sich und die Umwelt zu gestalten" (2). Diesem Menschenbild entspricht allein eine staatliche Ordnung, in deren Mittelpunkt als höchster Wert und letztlich alleiniger Zweck der einzelne Mensch steht (3); der Staat und seine Institutionen

-
- 1) Zur Bedeutung des Art. 1 I GG als oberste Norm und höchst-rangiger Maßstab des Verfassungsrechts und damit überhaupt der Rechtsordnung der Bundesrepublik s. z.B. G. Dürig, Menschenwürde, passim, und bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 1 ff, insbes. Rdn. 17 ff zu Art. 1 GG; A. Hamann, Anm. A 1 zu Art. 1 GG; Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. II zu Art. 1 GG (S. 145 ff); H. C. Nipperdey, Würde, S. 1 ff; K. G. Wernicke, Erl. II 2 c und II 3 zu Art. 1 GG; J. M. Wint-
rich, Problematik, S. 10 ff; das Bundesverfassungsgericht vor allem in seinem Urteil vom 16.1.1957, E 6, S. 32 ff, insbes. S. 36 und S. 40/41 (dabei kann in diesem Zusammenhang dahinstehen, ob Art. 1 I GG - zugleich - ein echtes Grundrecht darstellt, denn in jedem Fall handelt es sich um einen unmittelbar geltenden obersten Rechtssatz).
 - 2) S. G. Dürig, Menschenwürde, S. 125, und bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 18 zu Art. 1 GG.
 - 3) In diesem Sinne insbesondere A. Arndt, Grundgesetz, S. 14 ff; G. Dürig, Menschenwürde, passim, und bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 1 ff zu Art. 1 GG; E. Friesenhahn, Die politischen Grundlagen, S. 164, und Verfassung, S. 64/65; A. Hamann, Anm. A 1 zu Art. 1 GG; R. Hauser, Der Staat, passim, S. 9 ff;

können hier also lediglich eine dienende Funktion haben, nur Mittel zum Zweck und nur insoweit wertvoll und von Verfassungen wegen schutzwürdig sein, als sie diesem einzigen Zweck in besonders hervorragender Weise zu dienen geeignet erscheinen (4). Damit dieses Verfassungsziel erreicht werden kann, muß die Gemeinschaftsordnung des Grundgesetzes notwendig auf jenen Grundsätzen aufbauen, die eben durch sein Menschen

K. Hesse, Rechtsstaat, S. 78; H. Huber, Krise, S. 87; E. R. Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat, S. 10; H. Jahrreiß, Freiheit und Sozialstaat, S. 7 ff; E. Kaufmann, Grenzen, S. 516 und S. 527, und Grundrechte, S. 591; Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. II zu Art. 1 (S. 145 ff); K. Löw in DÖV 1958, S. 516 ff; Th. Maunz, Staatsrecht, S. 95 ff; H.C. Nipperdey, Würde, S. 1 ff; H. Peters, Demokratie, S. 230 ff, und Persönlichkeit, S. 669; P. Schneider, In Dubio pro Libertate, S. 264; U. Scheuner, Das Wesen des Staates, S. 255, und Entwicklung, S. 249 ff; A. Schüle, Demokratie, S. 331 ff; W. Thieme, Liberalismus, S. 287 ff; K. G. Wernicke, Erl. II 2 c und II 3 zu Art. 1 GG; J. M. Wintrich, Auslegung, S. 1 ff, und Problematik, S. 5 ff; das Bundesverfassungsgericht z. B. in E 2, S. 1 ff, insbes. 2. Leitsatz und S. 12/13 und S. 15/16; in E 6, S. 32 ff, S. 36 und S. 40/41; in E 7, S. 198 ff, S. 204 ff; und in E 12, S. 45 ff, insbes. S. 51 und S. 54. - A.A. vor allem E. Forsthoff in zahlreichen Schriften, letztlich wieder in Vorwort, S. 7 - 9 (Einzelheiten hierzu in den folgenden Anm.). - Grundsätzlich zu den hier angeschnittenen Fragen z.B. E. v. Hippel, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, passim, und Grundbegriffe, passim, und H. J. Wolff, Rechtsgrundsätze, passim.

- 4) So vor allem die Äußerung C. Schmidts im Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates (J.Ö.R. N.F. Bd. 1, S. 47): "Letztlich ist der Staat dazu da, die äußere Ordnung zu schaffen, deren die Menschen zu einem auf der Freiheit des Einzelnen beruhenden Zusammenleben bedürfen. Aus diesem Auftrag allein stammt letztlich die Legitimität seiner Machtausübung". - Ähnlich z. B. A. Hamann, Einführung, I C 2 (S. 18/19), und Anm. A 1 zu Art. 1 GG, sowie U. Scheuner, Das Wesen des Staates, S. 255 ff; s. außerdem die in Anm. 3 genannten Fundstellen, u. a. das Bundesverfassungsgericht in E 2, S. 15/16, und E 6, S. 36.
(S. auch Art. 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg vom 11.11.1953).

bild bedingt sind, nämlich denen des freiheitlichen (5), des sozialen und des demokratischen Staates (6). Da diese Grundsätze - die wegen ihrer schlechthin konstituierenden Bedeutung für unsere Verfassung als

-
- 5) Dabei steht "freiheitlich" zugleich für "rechtsstaatlich". Der Begriff "Rechtsstaat" wird in diesem Zusammenhang aus mehreren Gründen vermieden: Einmal liegt er auf Grund seiner besonderen Entwicklung (hierüber unten im Text und insbesondere bei E. Forsthoff in den anschließend genannten Fundstellen) mit einer bestimmten Bedeutung fest, so daß er nicht unesehen zur Erfassung des Verfassungsrechts des Grundgesetzes gebraucht werden darf (seine Verwendung durch das Grundgesetz selbst - in Art. 28 I 1 - hat denn auch zu schwerwiegenden Mißdeutungen geführt; s. insbesondere E. Forsthoff und die Anm. 24 ff). Zum anderen entspricht er schon vom Wortlaut her nicht seiner wahren (nämlich inhaltlich zu verstehenden) Bedeutung im Verfassungsrecht des Grundgesetzes, denn während das Prinzip der "Freiheitlichkeit" ungezwungen inhaltlich begriffen wird, verbindet sich mit dem "Rechtsstaat" in erster Linie die Vorstellung einer die Freiheit schützenden (formalen) Apparatur (s. hierzu vor allem E. Forsthoff in seinen zahlreichen einschlägigen Schriften, der auf die - unabhängig von bestimmten Inhalten gleichermaßen wirksame - Technizität und Formalisierung des - überlieferten! - "Rechtsstaats" hinweist; so zunächst in seinem Referat auf der Bonner Staatsrechtlerertagung im Herbst 1953 über "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats", insbes. S. 16/17 und S. 30 ff; dann insbesondere in Verfassungsprobleme (1954), Umbildung (1959), Problematik (1961), Rechtsstaat (1963), Vorwort (1963/64)). Schließlich wird durch die Bevorzugung des (inhaltlich verstandenen) Begriffs der "Freiheitlichkeit" zumindest sprachlich und optisch das wahre Rangverhältnis hergestellt, denn der "Rechtsstaat" erhält seine spezifische Bedeutung erst aus dem Prinzip der Freiheitlichkeit, dem zu dienen sein alleiniger Zweck ist.
- 6) Die Erkenntnis, daß die genannten Prinzipien im Verfassungsrecht des Grundgesetzes nicht beziehungslos nebeneinander oder gar - als miteinander unvereinbar - gegeneinander stehen, sondern vielmehr als notwendige Bestandteile eines einheitlichen, sinnvollen Systems begriffen werden müssen, hat sich nur allmählich und nur gegen heftigen Widerstand durchgesetzt (s. hierzu auch die entsprechende Entwicklung bei der Auslegung der Weimarer Reichsverfassung; dazu unten unter B IV 1, vor allem

"Konstitutionsprinzipien" bezeichnet werden sollen (7) - für die gesamte

Anm. 7), wobei nicht zuletzt die Auffassung vom Grundgesetz als "Provisorium" im Sinne einer auch unvollständigen Regelung (hierüber oben unter B I) eine erhebliche (negative) Rolle spielt. Die Schwierigkeiten zeigten sich insbesondere auf den Staatsrechtler tagungen in den Jahren 1951 in Göttingen (vor allem das Referat H. P. Ipsens über "Enteignung und Sozialisierung", VVDStL Heft 10, S. 74 ff), 1952 in Marburg (U. Scheuner, "Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft", VVDStL Heft 11, S. 1 ff, insbes. S. 14 ff) und 1953 in Bonn (hier die Referate E. Forsthoffs und O. Bachofs über "Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats", VVDStL Heft 12, S. 8 ff bzw. S. 37 ff), wobei vor allem die anschließenden Aussprachen aufschlußreich sind. Inzwischen hat sich jedoch die Auffassung eines einheitlichen Systems, in dem sich die genannten Prinzipien gegenseitig bedingen und begrenzen, allgemein durchgesetzt (s. vor allem W. Abendroth, Begriff, S. 280, und Diskussionsbeitrag, S. 85; O. Bachof, Wesen, S. 37 ff, und Rechtsprechung, S. 335 ff; G. Dürig, insbesondere Menschenwürde, passim, und Wohlfahrtsstaat, passim, sowie bei Th. Maunz - G. Dürig, Erläuterungen zu Art. 1 GG; E. Fechner, Freiheit und Zwang, S. 9 ff; E. Friesenhahn, Die politischen Grundlagen, S. 165 ff, und Die rechtsstaatlichen Grundlagen, S. 240; H. Gerber, Sozialstaatsklausel, S. 27 ff (S. 5 ff mit zahlreichen Nachweisen); A. Hermann, Einführung D 1 ff (S. 19 ff) und E (S. 54 ff); K. Hesse, Rechtsstaat, S. 71 ff; A. Hollerbach, Auflösung, insbes. S. 266 ff (gegen E. Forsthoff); E. R. Huber, insbes. Rechtsstaat und Sozialstaat, S. 8 ff; H. P. Ipsen, Enteignung, S. 74 ff; H. Jähreiß, Freiheit und Sozialstaat, S. 9 ff; E. Kaufmann, Grundrechte, S. 593 ff; Fr. Klein z.B. bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. VII zu Art. 20 GG (zurückhaltend noch 1950 in Rechtsstaat, S. 396 ff); H. Krüger, Wesensgehalt, S. 597; Chr. Fr. Menger, Begriff, passim (allerdings mit Vorbehalten); H. Peters, Persönlichkeit, S. 671 ff; L. Raiser, Vertragsfreiheit, S. 5 ff; W. R. K. Jantz, Sozialstaatsprinzip, S. 17 ff (S. 7 ff zahlreiche Nachweise); U. Scheuner, Grundfragen, S. 130 ff, und Entwicklung, S. 232 ff; W. Thieme, Liberalismus, S. 295 ff; F. Werner, Sozialstaatliche Tendenzen, S. 88 ff; J. M. Wintrich, Problematik, S. 13 ff; das Bundesverfassungsgericht z.B. in E S. 14 ff, E 1, S. 97 ff, insbes. S. 104 ff, und E 2, S. 380 ff - A.A. insbesondere E. Forsthoff in den oben in Anm. 5 genannten Schriften (dazu auch unten in Anm. 24 ff). - Grundsätzlich zu diesen Fragen vor allem W. Käge, Grundordnung, passim und Rechtsstaat, passim.

7) S. hierzu oben Anm. 6 zu A/B I.

Staatsordnung bestimmend sind, müssen sie dann auch im Recht der gemeindlichen Selbstverwaltung wirksam werden (8).

- 2) Erste Voraussetzung für die Verwirklichung des Menschenbildes des Grundgesetzes ist die persönliche Freiheit jedes Einzelmenschen, die erst Selbstbestimmung und eigene Lebensgestaltung ermöglicht (9). Da die Freiheit des einzelnen in der Gemeinschaft - infolge des engen Nebeneinanders einer Vielzahl von einzelnen mit den daraus entstehenden Interessenkonflikten und mannigfachen sonstigen Beziehungen untereinander - gefährdet ist, muß die Staatsordnung des Grundgesetzes eine freiheitliche sein, d.h. ihre oberste Aufgabe ist es, dem einzelnen innerhalb der Gemeinschaft persönliche Freiheit zu gewähren und

-
- 8) Im Spannungsverhältnis einzelner - Staat ist die gemeindliche Selbstverwaltung der Sphäre des Staates zuzurechnen, da auch hier namens der (wenn auch nur örtlich) organisierten Gemeinschaft öffentliche Aufgaben mit hoheitlichen Mitteln wahrgenommen werden (so z.B. auch E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 710, und A. Hamann, Anm. B 5 zu Art. 28 GG); folglich ist das Kommunalverfassungsrecht Teil des allgemeinen Verfassungsrechts.
- 9) Zwar ist der Freiheitsbegriff des Grundgesetzes ein anderer als der des Liberalismus (hierüber s. u. im Text, insbes. Anm. 36 ff), indem "sein Menschenbild nicht das des selbstherrlichen Individuums, sondern das der in der Gemeinschaft stehenden und ihr vielfältig verpflichteten Persönlichkeit" ist (so das Bundesverfassungsgericht in E 4, S. 7 ff, (S. 15 f) und in E 12, S. 45 ff (S. 51)). Andererseits ist auch die vom Grundgesetz gewährleistete Freiheit eine "Freiheit von", keine "Freiheit zu", denn das Grundgesetz setzt eine "mündige", selbstverantwortlich handelnde Persönlichkeit voraus, die ihrerseits frei darüber entscheidet, was sie mit der ihr eingeräumten Freiheit anfängt. Dies zeigt sich einmal in den Grundrechten, die den einzelnen nicht auf ein bestimmtes Ziel hin verpflichten, sondern im Gegenteil von Bindungen (abgesehen von denjenigen Gemeinschaftsbindungen, ohne die persönliche Freiheit der einzelnen nicht möglich wäre) freistellen, so daß er selbst über Weg und Ziel entscheiden kann; zum anderen im demokratischen Prinzip, das auch nur hinsichtlich der Gewährleistung von persönlicher Freiheit festgelegt ist und ansonsten jede Entscheidungsmöglichkeit offen läßt (s. hierzu z.B. H. Peters, Persönlichkeit, passim).

ihn in dieser Freiheit - gegen andere einzelne wie gegen die Gemeinschaft selbst - zu schützen. Zwar kann die Staatsordnung dem einzelnen keine unbeschränkte Freiheit einräumen, denn da sie sich allgemein dem Menschen als oberstem Wert verpflichtet hat, muß sie allen Menschen gleiche Freiheit gewähren mit der Folge, daß wegen der "Interdependenz" der Freiheitsbereiche aller einzelnen die Freiheit eines jeden von vornherein durch die gleiche Freiheit der anderen, neben ihm in der Gemeinschaft lebenden Menschen begrenzt ist (10). Diese Einschränkung der persönlichen Freiheit des einzelnen Menschen zugunsten der gleichen Freiheit seiner Mitmenschen ist aber die einzig zulässige (11); insbesondere läßt der Grundsatz der Freiheitlichkeit nicht zu, daß der einzelne für irgendein "unpersönliches" Ideal wie etwa das des - von der Summe der einzelnen und deren Wohl losgelöst gesehenen - "Staates" oder einer sonstigen Institution einen Teil seiner Freiheit opfern muß (12).

Seine positivrechtliche Ausprägung im Grundgesetz findet das Prinzip der Freiheitlichkeit insbesondere in den Art. 1 ff:

"Darum" - in Verwirklichung des Menschenbildes in Art. 1 I GG - bekennt sich das Deutsche Volk "zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft", Art. 1 II GG; diese Menschenrechte binden und begrenzen folglich auch alle staatliche Gewalt, Art. 1 III GG. Die derart aus

-
- 10) Gerade diese Einsicht kennzeichnet den Freiheitsbegriff des Grundgesetzes, wie er besonders anschaulich in Art. 2 I zum Ausdruck kommt, wenn dort einem jeden die freie Entfaltung der Persönlichkeit gewährleistet wird, "soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt" (s. hierzu das Bundesverfassungsgericht in der vorangegangenen Anmerkung; s. auch G. Dürig bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 46 ff zu Art. 1 GG, H. Peters, Persönlichkeit, passim, und J. M. Wintrich, Problematik, S. 5 ff, die insoweit vom "Personalismus" des Grundgesetzes sprechen, im Gegensatz zum "Individualismus" in der liberalen Doktrin).
 - 11) S. hierzu z.B. H. L. Brill, Freiheitsrechte, passim, vor allem S. 24 ff.
 - 12) S. hierzu z.B. R. Hauser, Der Staat, passim, und das Bundesverfassungsgericht im "SRP-Urteil" vom 23.10.1952, E 2, S. 1 ff, insbes. S. 12 ff, S. 15/16.

der Würde des Menschen hergeleiteten Freiheitsrechte eines jeden einzelnen werden näher konkretisiert in den "Grundrechten" der Art. 2 ff; daneben sichert aber noch eine Vielzahl anderer Normierungen des Grundgesetzes - mittelbar oder unmittelbar - die Freiheit des einzelnen (13): In erster Linie ist der Grundsatz der Gewaltenteilung (hier soll durch die Aufteilung der gesamten Staatsmacht auf sachlich voneinander getrennte Teilmächte, welche sich gegenseitig hemmen und kontrollieren, ein Machtmißbrauch verhindert werden) zu nennen, Art. 20 II und III; charakteristisch für eine freiheitliche Staatsordnung sind weiterhin die Möglichkeit des einzelnen, sich gegen Rechtsverletzungen (14) vor unabhängigen Gerichten zu wehren, Art. 19 IV i.V.m. den Art. 92 ff, 97 und auch 103 I, sowie die Rechtsgarantien im Rahmen gerichtlicher Verfahren und bei Freiheitsentziehung, Art. 103 und 104. Schließlich ist es nur folgerichtig, wenn Art. 79 III i.V.m. den Art. 1 und 20 GG den Grundsatz der Freiheitlichkeit wegen seiner für das Grundgesetz konstitutiven Bedeutung jeglicher Abänderbarkeit, auch der durch qualifizierte Mehrheit im Wege der Verfassungsänderung, entzieht (15).

Unsere gesamte Staatsordnung ist also - in Verwirklichung des Menschenbildes des Grundgesetzes - durch den Grundsatz der Freiheitlich-

-
- 13) Über den "Rechtsstaat" in diesen seinen spezifischen Ausprägungen s. z.B. Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. VI zu Art. 20 GG (S. 600 ff), und Th. Maunz - G. Dürig bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 58 ff zu Art. 20 GG.
 - 14) Wenn hier auch - wegen der Gefahr von Eingriffen des übermächtigen, mit Hoheitsrechten und entsprechenden Machtmitteln ausgestatteten Staates - in erster Linie Rechtsverletzungen durch die "öffentliche Gewalt" (Art. 19 IV GG) in Betracht kommen, so zählt doch insgesamt der Schutz des einzelnen in seinen Rechten durch die staatliche Gerichtsbarkeit hierher, denn der "Rechtsstaat" gewährleistet die Einhaltung der Rechtsordnung schlechthin und schützt daher den einzelnen gegen jedermann.
 - 15) Damit hat das Grundgesetz die Erkenntnis C. Schmitts, wonach innerhalb einer jeden Verfassung zwischen den grundlegenden, als solche unabänderlichen Entscheidungen (der "Verfassung") einerseits und den nur ausführenden Normierungen (den "Verfassungsgesetzen") andererseits unterschieden werden muß, positiviert (s. hierzu Th. Maunz - G. Dürig bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 24 zu Art. 79 GG, sowie die Ausführungen unten unter B IV 1 und 2).

keit gekennzeichnet. Im Bereich der gemeindlichen Selbstverwaltung ist dieser realisiert in dem Recht der örtlichen Gemeinschaft, über ihre eigenen, die örtlichen Angelegenheiten frei und eigenverantwortlich, d. h. ohne Eingriffe von außen, zu bestimmen (16). Hier kommt somit der für einen freiheitlich verfaßten Staat typische Grundsatz der "Subsidiarität" zur Anwendung (17): wie im Verhältnis einzelner - Gemeinschaft wegen der prinzipiellen Eigenverantwortung des einzelnen die Gemeinschaft erst dann für eine bestimmte Angelegenheit zuständig wird, wenn der einzelne überfordert oder jedenfalls nicht in der Lage ist, die betreffende Aufgabe selbst in der notwendigen Weise zu erledigen, liegt bei der Wahrnehmung von Gemeinschafts- ("öffentlichen") Aufgaben im Verhältnis engere - weitere Gemeinschaft (z.B. Gemeinde -

-
- 16) So ausdrücklich z.B. O. Gönnenwein, *Gemeinderecht*, S. 29.
- 17) Das Subsidiaritätsprinzip wird hier nicht in einer konkreten Ausprägung oder als Teil eines geschlossenen Systems - mit entsprechend konkreten Konsequenzen -, sondern als allgemeiner, lediglich eine bestimmte Richtung angegebender Grundsatz aufgefaßt, so daß auf eine Auseinandersetzung mit den zahlreichen, zu diesem Fragenkreis vorliegenden speziellen Stellungnahmen verzichtet werden kann (s. aus neuerer Zeit z.B. T. Rendtorff, *Kritische Erwägungen zum Subsidiaritätsprinzip*, in *Der Staat*, 1. Bd. 1962, S. 405 ff, und R. Herzog, *Subsidiaritätsprinzip und Staatsverfassung*, in *Der Staat*, 2. Bd. 1963, S. 399 ff; s. auch A. Süsterhenn, *Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Gewaltenteilung*, in der Festschrift für H. Nawiasky, München 1956, S. 141 ff). Andererseits ist es jedoch durchaus möglich, auch für die Charakterisierung des Grundsatzes in dem hier verstandenen allgemeinen Sinn unmittelbar auf seine Formulierung in der Sozialenzyklika Papst Pius' XI. "Quadragesimo anno" von 1931 ("Über die gesellschaftliche Ordnung ...", in *Bausteine der Gegenwart*, Heft I, Die Rundschreiben Leos XIII und Pius' XI, Köln 1946, Abschnitt 79) zurückzugreifen, wo es heißt: "Wie dasjenige, was der Einzelmensch aus eigener Initiative und mit seinen eigenen Kräften leisten kann, ihm nicht entzogen und der Gesellschaftstätigkeit zugewiesen werden darf, so verstößt es gegen die Gerechtigkeit, das, was die kleineren und untergeordneten Gemeinwesen leisten und zum guten Ende führen können, für die weitere und übergeordnete Gemeinschaft in Anspruch zu nehmen ..." (S. auch Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, *Rdn. 1 zu Art. 28 GG*).

Staat) die Kompetenz solange bei der engeren Gemeinschaft, wie diese die betreffende Angelegenheit selbst wahrnehmen kann. Auf diese Weise ist sichergestellt, daß der Wille des einzelnen bei allen ihn betreffenden Angelegenheiten optimal zur Geltung kommt, weil seine Stimme umso größeres Gewicht hat, je kleiner der Kreis der beteiligten Personen und somit der zu berücksichtigenden Interessen ist (18).

Aus dem unsere gesamte Staatsordnung beherrschenden Grundsatz der freien Selbstbestimmung des Einzelmenschen ergibt sich also für die Auslegung des Rechts der gemeindlichen Selbstverwaltung in Art. 28 II 1, daß die örtliche Gemeinschaft alle ihre Angelegenheiten prinzipiell uneingeschränkt frei und eigenverantwortlich regeln darf, weil auf diese Weise dem freien Selbstbestimmungsrecht der einzelnen in der örtlichen Gemeinschaft lebenden Menschen der größte Spielraum bleibt (19).

18) Einerseits verlangt das Menschenbild des Grundgesetzes Freiheit des einzelnen innerhalb der Gemeinschaft und gibt es dem einzelnen den

18) Über das demokratische Prinzip, das damit gleichzeitig angeschnitten wird, s. unten unter 4).

19) Dieses Ergebnis folgt jedenfalls zwingend aus dem freiheitlichen Prinzip; - daß es tatsächlich häufig anders aussieht, indem in kleineren Gemeinschaften die individuellen Gegensätze unmittelbarer und insofern spürbarer aufeinanderprallen und daher die Gefahr einer Benachteiligung einzelner (zumindest scheinbar) größer ist, wird dabei nicht verkannt. Auch ist hier die Versuchung eines Mißbrauchs der mit der örtlichen Freiheit verbundenen "Möglichkeiten" angesichts des unmittelbaren Betroffenseins der einzelnen ungleich größer als in einer weiteren Gemeinschaft. Ausgangspunkt und alleiniger Maßstab der vorliegenden Untersuchung ist jedoch die - in den Gesamtzusammenhang des Grundgesetzes eingebettete - Vorschrift des Art. 28 II 1 GG, die als Norm ihre Befolgung und Realisierung befiehlt. Die Kritik darf daher nicht an dem gewonnenen Ergebnis, sondern muß unmittelbar an der Verfassung und ihren Konstitutionsprinzipien ansetzen. (Über die freiheitliche Demokratie als "Staatsform der Reife" - eine "unbequeme Staatsform", die immer neue Anstrengungen erfordert - s. insbesondere W. Kägi, Grundordnung, vor allem S. 38; s. auch die Ausführungen unten unter 4).

Vorrang vor der Gemeinschaft; andererseits ist jedoch ohne weiteres einsichtig, daß in einem Staat, in dem auf engstem Raum eine große Anzahl von Menschen lebt, die - insbesondere angesichts der in allen Lebensbereichen weit fortgeschrittenen Technisierung und Arbeitsteilung - in vielfacher Weise voneinander abhängig sind, Freiheit des einzelnen innerhalb der Gemeinschaft sich nur mit Hilfe der Gemeinschaft - durch ihre Autorität und notfalls auch Machtmittel - verwirklichen läßt, daß der einzelne insofern also notwendig auf die Gemeinschaft angewiesen ist. Damit erhält die Gemeinschaft für den einzelnen einen bedeutenden, ja unersetzbaren Wert, und zwar nicht trotz, sondern gerade wegen des Verfassungsziels, die Freiheit des Einzelmenschen zu gewährleisten. Folglich darf sich das Grundgesetz, wenn es eine freiheitliche Staatsordnung anstrebt, nicht darauf beschränken, den einzelnen persönliche Freiheit zu gewährleisten, sondern muß gleichzeitig der Gemeinschaft, deren Wirken Einzelfreiheit tatsächlich erst ermöglicht, den Schutz und die Rechte zukommen lassen, die sie zur Wahrnehmung eben dieser Aufgabe notwendig braucht (20).

Die Gemeinschaft, die Freiheit des einzelnen ermöglichen soll, ist nun aber nicht "an sich", als abstrakte Institution etwa, vorhanden, sondern existiert nur konkret als die Gesamtheit aller Einzelmenschen (21); sie kann folglich ihre Aufgabe nur dann mit Erfolg wahrnehmen, wenn sie sich dabei auf die Zustimmung und gegebenenfalls gar die tätige Mitarbeit der in ihr zusammengefaßten einzelnen stützen kann (22).

-
- 20) Damit wird die Gemeinschaft jedoch nicht Selbstzweck, erhält keinen Eigenwert, sondern sie bleibt beschränkt auf die Funktion einer Dienerin und Mittlerin. - S. hierzu z.B. H. Gerber, Sozialstaatsklausel, S. 43 ff, bes. S. 46 ff.
- 21) An diesem Punkt zeigt sich auch, daß es in einem freiheitlich verfaßten Gemeinwesen keinen "Staat an sich" geben kann, sondern daß eine staatliche Herrschaftsorganisation nur insoweit besteht, als die Gemeinschaft, d.h. die Gesamtheit der einzelnen, ihren Organen konkrete Aufgaben und entsprechende Hoheitsbefugnisse zuweist. Schon deshalb verbietet sich die Vorstellung von einem Staat, der nicht nur Mittel zum Zweck, sondern Selbstzweck und Eigenwert ist; gleichermaßen sind "Würde" und "Autorität" des Staates nicht "dem Staat", sondern letztlich den einzelnen zuzurechnen, die ihrerseits den Staat erst zu dem machen, was er ist.
- 22) Dabei ist nicht an konkrete "Handlungs-" und "Leistungs-"Pflich-

Letztlich hängt es also von jedem einzelnen und seinem Verhalten in der Gemeinschaft ab, inwieweit es dieser gelingt, Freiheit des einzelnen zu ermöglichen (23). Die staatliche Ordnung des Grundgesetzes muß deshalb auch eine soziale in dem Sinne sein, daß jeder einzelne verpflichtet ist, die Gemeinschaft in dem erforderlichen Maße zu unterstützen, sich ihr einzuordnen und gegebenenfalls in ihr mitzuarbeiten, damit sie in den Stand gesetzt wird, die ihr gestellte Aufgabe der Ermöglichung und Aufrechterhaltung von Freiheit für alle einzelnen erfolgreich wahrzunehmen (24) (25).

ten im Sinne von staatlichen "Zwangseingriffen in Freiheit und Eigentum", sondern vielmehr an eine entsprechende positive "Gesinnung" gedacht, die sich ihrerseits dann allerdings durchaus in greifbaren Handlungen und Leistungen zugunsten der Gemeinschaft manifestieren kann (hier sei etwa auf das Beispiel einer ehrenamtlichen Tätigkeit in Organen und Ausschüssen öffentlichrechtlicher Körperschaften und Anstalten oder - gleichermaßen - einer entsprechenden "gemeinnützigen" Mitwirkung in privaten Organisationen hingewiesen, ohne die ein freiheitlich verfaßtes Gemeinwesen nicht existieren kann; s. hierzu vor allem A. Schüle, Demokratie, passim).

- 23) Dies haben besonders klar H. L. Brill, Freiheitsrechte, passim, S. 25/26; G. Dürig, Wohlfahrtsstaat, S. 197 ff, und bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 48 ff zu Art. 1 GG; E. Fechner, Freiheit und Zwang, passim, insbes. S. 8 ff, und Die private Sphäre, S. 34 ff; E. Friesenhahn, Verfassung, S. 11; H. Gerber, Sozialstaatsklausel, insbes. S. 39 ff; E.R. Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat, S. 16 ff; H. Jahrreiß, Freiheit und Sozialstaat, passim, ausgesprochen: je mehr der einzelne innerhalb der Gemeinschaft freiwillig "gemeinnützig" mitwirkt, desto weniger Zwang ist erforderlich, d.h. desto mehr Freiheit bleibt den einzelnen.
- 24) So außer den in der vorangegangenen Anmerkung aufgeführten Autoren auch O. Bachof, Wesen, S. 45 ff; R. Hauser, Der Staat, S. 10 ff; E. Kaufmann, Grenzen, S. 521 ff, und Grundrechte, S. 591 ff; H. Krüger, Staatsverfassung, S. 366 ff; Chr. Fr. Menger, Begriff, S. 24 ff (allerdings zu eng); H. Peters, Persönlichkeit, S. 671 ff; L. Raiser, Vertragsfreiheit, S. 5 ff; W. Reuss - K. Jantz, Sozialstaatsprinzip, S. 12 ff (mit zahlreichen Nachweisen); U. Scheuner, Entwicklung, S. 230 ff, und Grundfragen, S. 133 ff; A. Schüle, Demokratie,

Da sich das Grundgesetz schlechthin "dem Menschen" verpflichtet, indem es davon ausgeht, daß allen Menschen gleichermaßen allein um

S. 323 ff; J.M. Wintrich, Auslegung, S. 3 ff, und Problematik, S. 6 ff; das Bundesverfassungsgericht z.B. in E 4, S. 7 ff, S. 15 ff. - Die Gegenauffassung, wonach nur das rechtsstaatliche, nicht aber gleichzeitig auch das sozialstaatliche Prinzip Verfassungsrang habe, weil sich beide gegenseitig ausschließen und das Grundgesetz sich eindeutig für den Rechtsstaat entscheiden habe, wird insbesondere von E. Forsthoff in zahlreichen Schriften vertreten (Die entsprechende Auffassung W. Grewes - Grundlagen, S. 351, aus dem Jahre 1949 - dürfte rein zeitlich überholt sein; Fr. Klein, der sich zunächst - Rechtsstaat, insbes. S. 401 ff, im Jahre 1950 - in ähnlichem Sinne geäußert hatte, hat seine damalige Stellung (wenn auch nicht vorbehaltlos) aufgegeben, s. bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm.VII zu Art. 20 GG). Seine Argumente sind trotz ständiger Wiederholung nicht überzeugender geworden (s. die oben in Anm. 5 aufgeführten Fundstellen): Sie sind die konsequente Folge seiner - auf Max Weber und C. Schmitt (deutlich z.B. in seiner Verfassungslehre, S. 20 ff) zurückgehenden - "eindimensionalen" Betrachtungsweise, deren Ausgangspunkt nicht die konkrete Verfassungsordnung (hier des Grundgesetzes), sondern eine bestimmte "vorgegebene" Struktur ist, die ihrerseits konsequent zu Ende gedacht wird. Auf Einzelheiten kann hier aus Raumgründen nicht eingegangen werden, s. jedoch insbesondere die überzeugende Widerlegung bei A. Hollerbach, Auflösung, sowie allgemein E. Kaufmann, Kritik, S. 221 ff, und Carl Schmitt und seine Schule, passim (s. auch A. Schüle, Glosse "Eine Festschrift", in JZ 1959, S. 729 ff).

- 25) Damit ist die Bedeutung des "sozialen" Prinzips im Verfassungsrecht des Grundgesetzes allerdings keineswegs ausgeschöpft (darüber im folgenden); auch allen weiteren Folgerungen liegen jedoch diese grundlegenden Erwägungen zugrunde, die daher immer berücksichtigt werden müssen. Insbesondere darf bei konkreten Folgerungen aus dem "Sozialstaatsprinzip" die Rolle des dem einzelnen gegenüber in Erscheinung tretenden "Staates" nicht verkannt werden: Es ist nicht der Staat als Herrschaftsorganisation, der den einzelnen Leistungen gewährt, ihnen hilft und sie fördert, sondern es ist letztlich immer die hinter dem "Staat" stehende Gesamtheit der einzelnen, die diese "soziale Aufgabe" wahrnimmt, während der "Staat" als Herrschaftsorga-

ihres Menschseins willen Würde zukommt (26), erschöpft sich die Aufgabe der Gemeinschaft nicht schon darin, abstrakt Einzelfreiheit zu gewähren, also den einzelnen frei walten zu lassen und ihn lediglich (negativ) gegen Eingriffe Dritter zu schützen (27); sie umfaßt vielmehr generell die Verantwortung für alle einzelnen und folglich auch die Pflicht, soweit erforderlich die tatsächlichen Voraussetzungen für konkrete persönliche Freiheit und damit für ein menschenwürdiges Dasein überhaupt (positiv) zu schaffen (28).

nisation lediglich als Mittler, Ordner und Garant fungiert, nur "Instrument" und nicht unmittelbar "Beteiligter" ist. Diese Tatsache wird - so offensichtlich sie zu Tage tritt - immer wieder übersehen: die an "dem Staat" als Träger der sozialen Aufgabe geübte Kritik trifft in Wahrheit die Gemeinschaft als solche und damit jeden einzelnen. - Über die konkreten Folgerungen aus dem "Sozialstaatsprinzip" s. außer den in der vorangegangenen Anmerkung genannten Fundstellen u. a. O. Bachof, Rechtsprechung, S. 335 ff; A. Hamann, Einführung I D 2; K. Hesse, Rechtsstaat, S. 78 ff; H.P. Ipsen, Enteignung, S. 74 ff; U. Scheuner, Intervention, S. 10 ff; W. Thieme, Liberalismus, S. 294 ff; F. Werner, Sozialstaatliche Tendenzen, passim; K.G. Wernicke, Erl. II 1 d zu Art. 20 GG; das Bundesverfassungsgericht in E 1, S. 97 ff, S. 104/05 (extrem W. Abendroth, Begriff, S. 280 ff, und Diskussionsbeitrag, passim).

- 26) S. hierzu die in Anm. 3 genannten Fundstellen, vor allem G. Dürig, Menschenwürde, passim, und bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 1 ff zu Art. 1 GG; H. Jahrreiß, Freiheit und Sozialstaat, insbes. S. 7; H. C. Nipperdey, Würde, S. 1 ff.
- 27) So noch die Auffassung des Liberalismus; hierzu s. unten im Text.
- 28) S. hierzu insbesondere O. Bachof, Wesen, S. 39 ff, und Rechtsprechung, S. 235 ff; G. Dürig, Menschenwürde, S. 118, bes. S. 131 ff, Wohlfahrtsstaat, S. 196 ff, und bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 43 ff zu Art. 1 GG (s. auch seine Kritik an Chr. Fr. Mengers - Begriff - zu enger Auffassung in Besprechung Menger, passim); H. Gerber, Sozialstaatsklausel, S. 27 ff, S. 40 ff; K. Hesse, Rechtsstaat, S. 78 ff; E.R. Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat, passim; H.P. Ipsen, Enteignung, S. 74 ff; H. Jahrreiß, Freiheit und Sozialstaat, S. 7 ff; E. Kaufmann, Grundrechte, S. 593 ff; U. Scheuner, Intervention, S. 20 ff, und Entwicklung, S. 233 ff; W. Thieme, Liberalismus, S. 295 ff;

Damit wird niemandem das Recht der freien Lebensgestaltung und somit auch das Risiko der persönlichen Fehlentscheidung (mit allen ihren Konsequenzen) genommen; insbesondere ist der Gemeinschaft nicht - wie etwa in früheren patriarchalischen oder gar polizeistaatlichen Verhältnissen - erlaubt, den einzelnen zu bevormunden und ihn "zu seinem Glück zu zwingen"; wohl aber muß dem einzelnen um seines Menschseins willen von seiten der Gemeinschaft - unter voller Wahrung seiner Freiheit - geholfen werden, wenn er Hilfe braucht und wünscht (29).

F. Werner, Sozialstaatliche Tendenzen, S. 95 ff (mit Nachweisen aus der Rechtsprechung); J.M. Wintrich, Problematik, S. 18 ff; zurückhaltend das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 19.12.1951, E 1, S. 97 ff, S. 104 ff. (Auch E. Fechner, Freiheit und Zwang, S. 5 ff, wird man hier anführen können, obwohl er in ausdrücklichem Gegensatz zu anderen Autoren die "soziale" Verpflichtung der einzelnen in den Vordergrund stellt; denn wie oben (Anm. 25) klargestellt wurde, fungiert der Staat als Herrschaftsorganisation letztlich nur als Mittler, während eigentlicher Aufgabenträger die Gesamtheit der einzelnen ist).

- 29) Der Staat (im umfassenden Sinn, d.h. als Träger aller öffentlichen Aufgaben, so daß insoweit auch die Kommunen einbegriffen sind) ist aus diesem Grunde verpflichtet, von sich aus ("von Amts wegen") zu prüfen, ob bei den einzelnen die notwendigen Voraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein gegeben sind; ist dies nicht der Fall und ist der Betreffende unverschuldet in Not geraten, so muß die notwendige Hilfe angeboten werden (aufgezwungen werden kann sie in keinem Falle, das "Recht auf selbstgewollte Armut" bleibt also unberührt); bei verschuldeter Hilfsbedürftigkeit muß das Existenzminimum gewährt werden. Angemessen dem Grund der Hilfeleistung muß diese jedoch stets bestrebt sein, dem Unterstützten ein Fortkommen aus eigener Kraft zu ermöglichen, d.h. die Hilfe wird nicht um ihrer selbst willen, sondern nur als Voraussetzung für die Ermöglichung von Freiheit der eigenen Lebensführung und Lebensgestaltung gewährt (dieses Ziel wird beispielhaft ausgedrückt in § 1 II des Bundessozialhilfegesetzes vom 30.6.1961, BGBl. I S. 815: "Aufgabe der Sozialhilfe ist es, dem Empfänger der Hilfe die Führung eines Lebens zu ermöglichen, das der Würde des Menschen entspricht. Die Hilfe soll ihn soweit wie möglich befähigen, unabhängig von ihr zu leben; hierbei muß er nach seinen Kräften mitwirken"). - S. hierzu außer den in der vorangegangenen Anmerkung genannten Fundstellen vor allem U. Scheuner, Intervention, S. 17/18.

Auch diese Pflicht trifft letztlich die einzelnen als Glieder der Gemeinschaft (30); der Grundsatz des sozialen Staates bedeutet also, daß der einzelne für seine Mitmenschen mitverantwortlich ist und daher zugunsten der gleichen Freiheit anderer notfalls auch Opfer bringen und Einschränkungen seiner Freiheit hinnehmen muß. Ihre unmittelbare Rechtfertigung findet jedoch auch diese Schmälerung der Rechte des einzelnen zugunsten anderer in dem obersten Verfassungsziel, dem auch er letztlich seine Freiheit überhaupt verdankt, nämlich dem Ziel, allen Menschen um ihres Menschseins willen persönliche Freiheit und ein menschenwürdiges Leben zu ermöglichen; die Verweigerung der von ihm verlangten Opfer würde folglich die gesamte freiheitliche Ordnung und damit auch seine eigene Freiheit in Frage stellen (31). Damit unterscheidet sich die staatliche Ordnung des Grundgesetzes wesentlich von der Verfassung eines "liberalen Rechtsstaates", wie er vom bürgerlichen Liberalismus des 19. Jahrhunderts gefordert wurde (32): Die For-

-
- 30) So zu Recht vor allem E. Fechner, Freiheit und Zwang, S. 5 ff; s. hierzu auch oben Anm. 25, wonach der Staat als solcher nur als "Mittler" fungiert.
- 31) So insbesondere H. Jahrreiß, Freiheit und Sozialstaat, passim, vor allem S. 21 ff, der die Aufgabe des sozialen Rechtsstaats darin sieht, "notfalls durch Eingriffe in verzichtbare Freiheit allen jenes Maß von Freiheit vom Staat zu verschaffen und zu sichern, daß der heutige Mensch haben muß, wenn er sich als "Mensch" entfalten und eben dabei auch zum Bürger entfalten soll, so daß am Ende die Freiheit vom Staat, ohne die es keine Freiheit zum Staate geben kann, von eben dieser Freiheit zum Staate mitmenschlich-verantwortlich bemessen wird" (S. 28). - S. hierzu auch die in Anm. 28 aufgeführten Fundstellen.
- 32) Zum folgenden s. vor allem O. Bachof, Wesen, S. 38 ff; H.L. Brill, Freiheitsrechte, S. 21 ff; G. Dürig, Wohlfahrtsstaat, S. 193 ff, und bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 46 ff zu Art. 1 GG; K. Hesse, Rechtsstaat, S. 72 ff; A. Hollerbach, Auflösung, S. 247 ff; E.R. Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat, S. 7 ff; H.P. Ipsen, Enteignung, S. 74 ff, und S. 85 ff; H. Jahrreiß, Freiheit und Sozialstaat, S. 5 ff; E. Kaufmann, Grundrechte, passim; H. Krüger, Wesensgehalt, S. 597 ff, und Persönlichkeitsentfaltung, S. 201 ff; H. Peters, Persönlichkeit, S. 571 ff; L. Raiser, Vertragsfreiheit, S. 5 ff; U. Scheuner, Intervention, S. 14 ff, S. 59 ff und S. 148 ff, Grundfragen, S. 126 ff, und Entwicklung, S. 230 ff; das Bundesverfassungsgericht in E 4, S. 7 ff, S. 15 ff. - A. A. insbesondere E. Forsthoff in den in Anm. 5 genannten

derung des Liberalismus, den bisher absoluten Polizeistaat, der sich für alles - auch die persönlichen Dinge seiner Untertanen - zuständig hielt und demgemäß seine Bürger übermäßig bevormundete, zugunsten der Freiheit des einzelnen zurückzudrängen, verfiel in das gegenteilige Extrem, indem der Staat allein auf die Stellung eines Ordnungshüters beschränkt werden und keinerlei unmittelbare Verantwortung für das persönliche Wohlergehen seiner Bürger mehr haben sollte. Man forderte unbeschränkte Freiheit für das Individuum in der Überzeugung, daß sich im freien Spiel der Kräfte aller das beste Ergebnis für den einzelnen und somit auch für das Gemeinwohl ganz von selbst einstelle; für unmittelbare "soziale Verantwortung" des einzelnen wie der Gemeinschaft blieb hier konsequent kein Raum, denn wo Freiheit herrscht, kann jeder für sich selbst sorgen; der Staat handelte nach dieser Auffassung dann "sozial", wenn er sich völlig heraushielt und auf diese Weise das Kräftespiel förderte, zugunsten des Gemeinwohls (33).

Diese Einstellung entsprach dem Optimismus und Fortschrittsglaube einer Zeit, die einen ungeheuren Aufschwung von Wissenschaft und Technik erlebte und im Staate nur ein Hemmnis dieser günstigen Entwicklung sehen konnte; sie entspricht aber nicht mehr einer Zeit, die gelernt hat, daß ungebundene Freiheit leicht mißbraucht wird und letztlich immer nur einer beschränkten Zahl von Menschen - und zwar zu Lasten der Freiheit anderer - zugute kommt (34). Zwar knüpft das Grundgesetz, indem es die Freiheit des einzelnen in den Vordergrund stellt und mit den überlieferten rechtsstaatlichen Mitteln absichert,

Schriften (zunächst auch noch - wenn auch mit Vorbehalten - Fr. Klein, Rechtsstaat, S. 400; ähnlich auch Chr. Fr. Menger, Begriff, S. 6 ff).

- 33) Soweit der Staat hier überhaupt als Aufgabenträger in Betracht kam, bestand seine "Aufgabe" also darin, Eingriffe - auch gegen (nach heutigen Vorstellungen) schwerwiegende Störungen des Wirtschafts- und Soziallebens - zu unterlassen.
- 34) Gerade dies zeigte - trotz der im letzten Jahrhundert entschiedenen günstigeren äußeren Voraussetzungen für persönliche Freiheit - der praktizierte Liberalismus, dessen Freiheit tatsächlich nur einer kleinen Minderheit, eben dem durch "Besitz und Bildung" ausgewiesenen Bürgertum, zugute kam (s. hierzu z.B. H. Heller, Rechtsstaat, S. 6 ff), während vor allem die Masse der Arbeiterschaft in z.T. menschenunwürdigen Verhältnissen lebte.

zweifellos an Vorstellungen des Liberalismus an (35), jedoch geht es, bedingt durch das ihm zugrundeliegende Menschenbild, von einem wesentlich anderen Freiheitsbegriff aus: da nach dem Grundgesetz die Freiheit des einzelnen aus dem Wesen des Menschseins schlechthin folgt und daher seine Gemeinschaftsordnung für alle Menschen gleichermaßen konkrete Freiheit als notwendige Voraussetzung eines menschenwürdigen Daseins ermöglichen muß (36), kann es sich unmöglich darauf beschränken, den einzelnen lediglich abstrakt Freiheit (nämlich im Sinne einer "Nichteinmischung" des Staates), und zwar prinzipiell unbeschränkte Freiheit, zu gewähren; vielmehr ist das Grundgesetz nur insoweit in der Lage, Einzelfreiheit einzuräumen, als dies seine Pflicht, allen gleichermaßen Freiheit zu ermöglichen, zuläßt. Deshalb darf Freiheit nie unbeschränkt, sondern nur vorbehaltlich einer entsprechenden Verpflichtung des einzelnen gewährt werden, - soweit für die Ermöglichung von Freiheit für alle erforderlich - in der Gemeinschaft mitzuarbeiten und notfalls zugunsten anderer sogar Opfer zu bringen (37). Dieser Grundsatz der "sozialen Bindung" jeglicher Freiheit und der "sozialen Verantwortung" der einzelnen wie auch des Staates, in dem sich die Gesamtheit aller einzelnen organisiert, ist folglich neben dem der Freiheitlichkeit unserer Staatsordnung unabänderlicher Bestandteil unserer Verfassung, Art. 20 I i.V.m. Art. 79 III GG.

Baut die gesamte staatliche Ordnung des Grundgesetzes auf diesem Wechselspiel zwischen der Freiheit der einzelnen einerseits und ihrer sozialen Verantwortung andererseits auf, so muß Gleiches auch für das Recht der gemeindlichen Selbstverwaltung gelten: Hier hatten wir zwar festgestellt, daß im Verhältnis örtliche - staatliche Gemeinschaft wegen des Prinzips der Freiheitlichkeit die örtliche Gemeinschaft über alle ihre Angelegenheiten grundsätzlich uneingeschränkt frei und eigenverantwortlich zu bestimmen berechtigt ist, weil auf diese Weise der Wille der in der örtlichen Gemeinschaft lebenden einzelnen am besten zur Geltung kommt. Diese Freiheit der örtlichen Gemeinschaft ist jedoch

-
- 35) S. die in Anm. 32 genannten Fundstellen sowie Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Vorbemerkg B II zu den Grundrechten (S. 91 ff), und das Bundesverfassungsgericht in E 1, S. 97 ff, S. 104 ff.
- 36) Der Freiheitsbegriff des Grundgesetzes ist somit ein materieller, d.h. nur in Verbindung mit einem entsprechenden, durch Art. 1 I GG bedingten Inhalt ist er verständlich und sinnvoll; s. dazu die Fundstellen oben in Anm. 32.
- 37) S. hierzu die oben in Anm. 23 und 24 genannten Fundstellen.

ebenso wie die des einzelnen von vornherein beschränkt: Da örtliche Freiheit und Selbstbestimmung nur mit Hilfe des Staates realisierbar sind, kann der Staat seinerseits von der einzelnen Gemeinde verlangen, daß sie in dem Sinne "sozial" handelt und gegebenenfalls den Staat, der ja nur die Gesamtheit der einzelnen örtlichen Gemeinschaften darstellt, unterstützt, daß dieser seine Aufgabe, allen örtlichen Gemeinschaften gleichermaßen größtmögliche Freiheit zu gewähren, überhaupt bewältigen kann. Ebenso wie dem einzelnen innerhalb der Gemeinschaft kann daher auch der örtlichen Gemeinschaft innerhalb des Staates Freiheit nur beschränkt und nur unter der Voraussetzung eingeräumt werden, daß sie ihrerseits den Staat soweit erforderlich unterstützt und notfalls sogar Opfer bringt zugunsten der gleichen Freiheit anderer örtlicher Gemeinschaften (38).

Damit erhält die Klausel "im Rahmen der Gesetze" in Art. 28 II 1 GG - unabhängig davon, welche Rechte sie dem Staat im einzelnen gewährt (39) - ihren besonderen Sinn: Sie ermächtigt den Staat generell, gegenüber den einzelnen örtlichen Gemeinschaften die Maßnahmen zu ergreifen, die unter den konkreten Umständen zur erfolgreichen Wahrnehmung seines obersten Verfassungsauftrags, nämlich allen einzelnen um ihrer Menschenwürde willen gleichermaßen weitestgehende Freiheit

38) Dies gilt insbesondere für die finanzielle Seite, der insofern maßgebliche Bedeutung zukommt, als eine eigenverantwortliche Wahrnehmung der örtlichen Aufgaben nur im Rahmen der verfügbaren Mittel möglich ist (s. hierzu oben unter B II 4); danach hängt für zahlreiche "finanzschwache" Gemeinden - und zwar unabhängig von einer Verbesserung der gemeindlichen Eigeneinnahmen durch entsprechende Vermehrung der von den Gemeinden selbst auszuschöpfenden Steuerquellen, weil auch hier "die Quellen erst einmal fließen müssen" - die örtliche Freiheit davon ab, daß der Staat ihnen im Rahmen eines entsprechenden "Finanzausgleichs" die notwendigen Mittel zufließen läßt. Die Ermöglichung örtlicher Freiheit für alle Gemeinden gleichermaßen setzt demnach notwendig voraus, daß die finanzstarken Gemeinden die finanzschwachen unterstützen, insoweit also einen entsprechenden Teil ihrer Freiheit zugunsten der der anderen opfern (dabei spielt es keine Rolle, wie der Finanzausgleich konkret gestaltet ist, ob also der Staat nur als Mittler eines horizontalen Ausgleichs fungiert oder unmittelbar selbst eingeschaltet ist).

39) Darüber oben unter B II 5.

zu ermöglichen, notwendig sind (40). Wenn aber die Klausel "im Rahmen der Gesetze" in Art. 28 II 1 GG somit letztlich dem gleichen Ziel dient wie der Grundsatz der örtlichen Selbstbestimmung - obwohl aus der Sicht der einzelnen örtlichen Gemeinschaft beide einander direkt entgegenwirken und daher auch gegeneinander abgegrenzt werden müssen (41) -, dann werden beide in ihrem jeweiligen Umfang durch die konkreten Umstände, unter denen dieses Ziel verfolgt wird, bedingt und bestimmt. Das hat zur Folge, daß die Grenze zwischen ihnen nicht starr verläuft, sondern sich - eben je nach den Umständen - in der einen oder anderen Richtung etwas verschiebt (42). So bleibt der

-
- 40) So sind z.B. die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in E 1, S. 167 ff, S. 178, zu verstehen, wenn es dort heißt: "Gewiß ist ein bestimmter Kern der Selbstverwaltung gegen jede gesetzliche Schmälerung gesichert. Aber es gibt Erscheinungsformen der Selbstverwaltung, die sich in besonderen Notlagen gewisse Einschränkungen gefallen lassen müssen. Der Maßstab, an dem die Zulässigkeit solcher Eingriffe in die Selbstverwaltung zu messen ist, ... ändert sich nach den besonderen Bedürfnissen der Zeit". (Ähnlich auch H. Jahrreiß, Freiheit und Sozialstaat, wenn er - s. das Zitat oben in Anm. 31 - von "Eingriffen in verzichtbare Freiheit" spricht, damit allen gleichermaßen Freiheit verschafft werden kann).
- 41) Das Gleiche gilt für den einzelnen hinsichtlich des Widerstreits Freiheit - Gebundensein; diese unmittelbare Verknüpfung und wechselseitige Abhängigkeit der beiden Grundsätze wird jedoch - und zwar für die Gemeinde gleichermaßen wie für den einzelnen - dadurch verdeckt, daß nicht unmittelbar die derart geschützten einzelnen in Erscheinung treten, sondern daß ein Dritter, nämlich der Staat in seiner Eigenschaft als Mittler, Kontrolleur und Garant der Freiheit aller, das konkrete Ausmaß des Gebundenseins einseitig verbindlich bestimmt und seine Einhaltung überwacht und gegebenenfalls sogar erzwingt (s. hierzu auch oben Anm. 25).
- 42) S. hierzu oben Anm. 40. - Diese Feststellung ist nicht dahin mißzuverstehen, daß es überhaupt keine festen Maßstäbe gäbe, denn tatsächlich trifft das Grundgesetz in Art. 28 II 1 - wie oben unter B II 5 im einzelnen dargelegt wurde - durchaus eine endgültige Entscheidung über die Verteilung der der Sache nach rein örtlichen, (nur) primär örtlichen und typisch staatlichen Aufgaben. Andererseits ist jedoch der konkrete Inhalt dieser Bereiche insofern einem dauernden Wandel unterworfen, als je

örtlichen Selbstbestimmung umso mehr Raum, je besser insgesamt die Voraussetzungen für Freiheit der einzelnen örtlichen Gemeinschaften sind, während umgekehrt starke Unterschiede innerhalb der staatlichen Gemeinschaft vermehrte Einschränkungen und Opfer einzelner örtlicher Gemeinschaften zugunsten anderer - vermittelt durch staatliches Gesetz - erfordern; entsprechend machen örtliche Eigensucht sowie mangelnde Rücksichtnahme und Opferbereitschaft ein staatliches Eingreifen unumgänglich, dagegen erübrigt sich eine Intervention des Staates, wenn die einzelnen Gemeinden von sich aus "soziale Verantwortung" üben und gemäß den überörtlichen Bedürfnissen handeln (43) (43a).

nach den Umständen eine Aufgabe mal rein örtlich und mal (nur) primär örtlich oder mal primär örtlich und mal typisch staatlich sein kann. Die Maßstäbe liegen also von Verfassungs wegen fest, während sich der konkrete Inhalt - der mit diesen Maßstäben gemessen wird - nach den Gegebenheiten richtet (z.B. kann eine zunächst rein örtliche Angelegenheit dadurch zu einer nurmehr primär örtlichen werden, daß die örtliche Freiheit in einer Weise mißbraucht wird, daß überörtliche Interessen unmittelbar mitbetroffen werden; weitere Beispiele folgen unten im Text unter 5).

- 43) In diesem Sinne hinsichtlich der Rechtsstellung des einzelnen insbesondere E. Fechner, Freiheit und Zwang, passim, vor allem S. 13: "Die Rechtsordnung erzwingt das notwendige Mindestmaß an gemeinschaftsbezogenem Verhalten, wenn es nicht aus freiem Entschluß und Willen geleistet wird. Erfolgt aber das Notwendige aus Einsicht und freiem Entschluß, so erübrigt sich der Zwang". - Die Gemeinden können also durchaus mit-helfen, ihren Freiheitsbereich möglichst weit zu erhalten, indem sie notwendige Aufgaben aus eigener Einsicht freiwillig wahr-nehmen und damit keinen Grund zur Mitsprache ge-ben. Andererseits sind z.B. bei großen Unterschieden in der örtlichen Finanzkraft weitreichende staatliche Eingriffe unum-gänglich.
- 43a) Ebenso wie hinsichtlich seiner Bürger ist die soziale Verpflich-tung des Staates auch den einzelnen örtlichen Gemeinschaften gegenüber - entsprechend seiner Aufgabe, lediglich die Mindest-voraussetzungen für Einzelfreiheit bzw. örtliche Freiheit zu schaffen und zu gewährleisten - von vorherein auf eben dieses Maß beschränkt. So dürfen auch die Gemeinden nicht unter dem Gesichtspunkt der "sozialen Verpflichtung" des Staates bevormun-det und "zu ihrem Glück gezwungen werden"; vielmehr bleibt

- 1) Endlich bedingt das Menschenbild des Grundgesetzes eine auf dem Grundsatz der demokratischen Willensbildung aufbauende Gemeinschaftsordnung (44): Aus dem Zusammenleben der einzelnen in der Gemeinschaft entstehen Aufgaben - wie insbesondere die Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung nach innen und außen, aber auch die Ermöglichung von persönlicher Freiheit innerhalb der Gemeinschaft in einem freiheitlichen Staat -, die unmöglich von den betroffenen einzelnen selbst, sondern allein von der Gemeinschaft als solcher mit Erfolg wahrgenommen werden können. Wie oben bereits hervorgehoben wurde, besteht die Gemeinschaft aber nicht an sich, sondern nur als die Gesamtheit der einzelnen. Hier verlangt der Grundsatz der freien Entscheidung des einzelnen, daß seitens der Gemeinschaft nichts geschieht, was der einzelne nicht in irgendeiner Form - und zwar kraft freier eigener, in keiner Weise von dritter Seite vorbestimmter oder auch nur beeinflusster Entscheidung - positiv mitbestimmt: Die Staatsordnung muß also alle einzelnen mit gleichem Recht an der Willensbildung der Gemeinschaft beteiligen (45). Da die Gemeinschaft nicht selbst, sondern nur durch Organe handeln kann, ist es demnach erforderlich, daß diese Organe von der Gesamtheit der einzelnen bestellt werden (46);

ihnen das Recht des eigenen Weges mit dem Risiko der Fehlentscheidung (mit allen Konsequenzen). Daher dürfen staatliche Mitsprache und staatliche Aufsicht nicht jeglichen örtlichen Fehler verhindern, sondern nur die schwerwiegenden, die gleichzeitig die überörtliche Gemeinschaft mitbetreffen. Gerade unter diesem Aspekt gewinnt die gemeindliche "Finanzautonomie" eine besondere Bedeutung (s. hierzu oben B II 4).

- 44) Zum folgenden s. insbesondere A. Schüle, Demokratie, passim; zur freiheitlich-rechtsstaatlich bedingten und begrenzten Demokratie s. vor allem W. Kägi, Grundordnung, bes. S. 152 ff, und Rechtsstaat, passim.
- 45) So ausdrücklich z.B. auch J.M. Wintrich, Problematik, S. 14: "Erst dadurch wird die Personwürde eines Menschen voll anerkannt, daß er zur Ausübung seiner Souveränitätsrechte berufen ist; erst dadurch wird die Autonomie, die Selbstbestimmung, die Freiheit des Bürgers, respektiert, daß er an der Setzung des Rechts, dem er untersteht, als Mitbestimmender (zumindest potentiell) teilhat".
- 46) S. vor allem Art. 20 II GG: "Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt".

des weiteren sind sie aber auch nur insoweit berechtigt, für die Gemeinschaft in einem bestimmten Sinne tätig zu werden, als sie sich dabei letztlich auf den Willen der Gesamtheit der einzelnen stützen können (47). Somit folgt aus der Freiheitlichkeit der Staatsordnung

-
- 47) Auf eine Erörterung der Problematik der Stellung der gewählten Gemeinschaftsorgane und hier konkret des einzelnen Abgeordneten (über die Ablösung des überlieferten Prinzips der "Repräsentation" durch das der "Identität" s. vor allem G. Leibholz, Repräsentation, insbes. S. 98 ff (i.V.m. dem Vorwort, S. 4 ff); s. auch C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 204 ff) muß in diesem Zusammenhang verzichtet werden. Soviel läßt sich jedoch nach den vorangegangenen Erörterungen sagen: Da das demokratische Prinzip unmittelbar aus dem Selbstbestimmungsrecht der einzelnen auch hinsichtlich der der Gemeinschaft als solcher obliegenden Angelegenheiten folgt und daher auch aus diesem Inhalt und Grenzen erhält, entspricht das Wesen der überlieferten "Repräsentation" (wie es nicht zuletzt in Art. 38 I 2 GG seinen Ausdruck findet, wonach die Abgeordneten "Vertreter des ganzen Volkes, an Aufträge und Weisungen nicht gebunden und nur ihrem Gewissen unterworfen" sind) im Grunde nicht mehr dem Menschenbild des Grundgesetzes, das nämlich davon ausgeht, daß nicht nur der vom Volk gewählte Abgeordnete, sondern jeder einzelne politisch mündig ist und die notwendige Reife hat, auch über alle die Gemeinschaft als solche betreffenden Fragen selbst in eigener Verantwortung abschließend zu entscheiden. Dann bedarf der einzelne aber keines "besseren, klügeren Ich" (in Gestalt des Abgeordneten), das an seiner Stelle entscheidet; vielmehr trifft jeder einzelne die Entscheidung selbst mit der Folge, daß der Abgeordnete zum echten "Vertreter" seiner Wähler, zum Empfänger und Vollzieher ihrer - grundsätzlichen - Entschlüssen wird. Die Unabhängigkeit des Abgeordneten beschränkt sich demnach einmal darauf, daß er allein seinen Wählern und niemandem sonst verantwortlich ist, zum anderen auf die Entscheidung von Einzelfragen; dagegen ist er hinsichtlich "der großen Linie", in allen wesentlichen Fragen, an die Entschlüssen seiner Wähler gebunden und ihnen voll verantwortlich. Dies bringt einmal die Pflicht mit sich, den Willen der Wähler immer neu zu erforschen und entsprechend zu handeln; andererseits muß der Abgeordnete umgekehrt versuchen, seine Wähler möglichst umfassend zu informieren, um ihnen ein richtige (relativ, i.S.v. vollständige, alle Gesichtspunkte berücksichtigende) eigene Entscheidung zu ermög-

notwendig das Prinzip der demokratischen Willensbildung der Gemeinschaft, während alle anderen Regierungsformen, mögen sie sich auch auf die Akklamation des Volkes stützen - die ja allenfalls die nachträgliche Billigung eines bestimmten Tuns, also keine selbständige ursprüngliche, gegebenenfalls abweichende Entscheidung ermöglicht -, ausscheiden (48).

Bei einem derart verstandenen und praktizierten demokratischen Prinzip, das sich nämlich auf das aus der Würde des Menschen abgeleitete Recht des einzelnen auf Freiheit und Selbstbestimmung auch innerhalb der Gemeinschaft gründet und das folglich schon voraussetzungsgemäß der Gemeinschaft (und gleichermaßen einer Mehrheit innerhalb der Gemeinschaft) nicht das Recht gibt, im Wege der demokratischen Abstimmung in den engeren Freiheitsbereich des einzelnen einzugreifen, entfällt

lichen. In diesem Rahmen ist er dann zwar nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, für seine Vorstellungen und "besseren Einsichten" zu werben und die Wähler von deren Richtigkeit zu überzeugen; in keinem Falle aber darf er in grundlegenden Fragen den Willen seiner Wähler mißachten und an dessen Stelle seine Entscheidung setzen. - Diese unabwiesbaren Konsequenzen aus dem Menschenbild des Grundgesetzes werden heute (nicht zuletzt durch das mit einer ruhmreichen Vergangenheit behaftete Prinzip der "Repräsentation" bedingt, s. Art. 38 I 2 GG) noch weitgehend nicht gesehen; s. hierzu aber auch neuestens W. Abendroth, Demokratie, passim, insbes. S. 307 ff.

- 48) Darüber, daß nicht schon - wie man angesichts des herkömmlichen Sprachgebrauchs meinen könnte und wie tatsächlich in Unkenntnis der Zusammenhänge weitestgehend angenommen wird - die Gewährleistung der "Demokratie" als solcher, sondern erst ihre Verankerung in einer auf der Freiheit der Person aufbauenden Verfassungsordnung eine "freiheitlich-rechtsstaatliche Demokratie" ausmacht, s. insbesondere W. Kägi, Grundordnung, S. 152 ff, und Rechtsstaat, passim; s. auch Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 57 zu Art. 20 GG. (In diesem Mißverständnis hat auch die Mißdeutung des Begriffs der "Volks"-Demokratie ihren Grund: Der durch keinerlei Zusätze - wie z.B. "rechtsstaatlich" - inhaltlich festgelegte Begriff der "Demokratie" enthält keineswegs notwendig auch freiheitliche Elemente; insoweit sehr instruktiv die Ausführungen W. Abendroths, Begriff, passim, und Diskussionsbeitrag, passim).

auch die Gefahr der "Majorisierung" einer bei der staatlichen Willensbildung überstimmten Minderheit durch eine Mehrheit (49): Zwar gibt es auch in einer freiheitlichen Staatsordnung, in der also zunächst die einzelnen berufen sind, über sich und ihre Angelegenheiten innerhalb der Gemeinschaft frei und eigenverantwortlich zu bestimmen, "notwendige Gemeinschaftsaufgaben", d.h. Aufgaben, die sich aus dem Zusammenleben der einzelnen innerhalb der Gemeinschaft ergeben und die gelöst werden müssen, ohne daß die einzelnen in der Lage wären, sie aus eigener Kraft und unter genügender Berücksichtigung der Notwendigkeiten und schutzwürdigen Interessen der Gemeinschaft selbst erfolgreich wahrzunehmen (50); hier ist also die Gemeinschaft zuständig und folglich die Ermittlung eines "Gemeinschaftswillens" erforderlich. Da nun bei einer demokratischen Abstimmung jeder einzelne sich frei entscheiden und somit unter vielfältigen Möglichkeiten wählen kann (51), werden im Ergebnis nie alle einzelnen in dem, was sie wollen, übereinstimmen, so daß auch kein einheitlicher Gesamtwille zustandekommt. Es muß daher genügen, daß ein übereinstimmender Mehrheitswille gefunden wird, der dann allerdings als Wille der Gesamtheit aller einzelnen gilt und als solcher auch für die überstimmte Minderheit verbind-

-
- 49) S. hierzu vor allem W. Kägi, Grundordnung, S. 152 ff, sowie Rechtsstaat, passim, insbes. S. 132 ff.
- 50) Über den derart - allgemein - verstandenen Grundsatz der "Subsidiarität" im Verfassungsrecht des Grundgesetzes s. o. Anm. 17; s. auch z.B. G. Dürig, Wohlfahrtsstaat, S. 198.
- 51) Gerade hierdurch wird der Freiheitsbegriff des Grundgesetzes gekennzeichnet, der nicht "Freiheit zu" irgendwelchen, von einem Dritten einseitig (vor-) bestimmten Werten oder Zielen bedeutet, sondern der jedem einzelnen die freie Entscheidung über Weg und Ziel läßt (ausgenommen die Möglichkeit, die Grundlagen der Freiheit selbst zu stören; s. hierzu Art. 18 und 21 GG sowie die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über das Verbot der "SRP" vom 23.10.1952, E 2, S. 1 ff, insbes. S. 10 ff, und über das Verbot der "KPD" vom 17.8.1956, E 5, S. 85 ff. Auch hier zeigt sich, daß das demokratische Prinzip des Grundgesetzes kein formales, wertneutrales, sondern ein materielles, wertgebundenes ist; s. hierzu z.B. E. Friesenhahn, Die politischen Grundlagen, S. 164 ff; Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. V 2 zu Art. 20 GG (S. 594); Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 44/45 zu Art. 20 GG; H. Peters, Demokratie, S. 229 ff; das Bundesverfassungsgericht a. a. O.).

lich ist. - Die Freiheit des einzelnen wird dadurch jedoch dennoch nicht angetastet, da ja auch bei der demokratischen Abstimmung jeder einzelne wie dann auch die Gesamtheit oder eine Mehrheit die Freiheit eines jeden einzelnen und damit auch die der Überstimmten respektieren müssen (52). Hinzu kommt, daß in einem derart demokratischen Staat kein Beschluß der Gemeinschaft endgültig und unabänderlich ist, sondern - vorbehaltlich der Möglichkeit befristeter Bindung - jederzeit durch eine andere Mehrheit wieder geändert oder ganz beseitigt werden kann, weil die Entscheidungsfreiheit des einzelnen sich nie verbraucht, vielmehr dauernd fortbesteht, der einzelne folglich immer wieder neu frei mitbestimmen kann (53).

Für das so verstandene demokratische Prinzip kann dann auch nicht entscheidend sein, daß jeder einzelne mit seinem Willen im Ergebnis durchdringt, daß also der Wille der Gemeinschaft mit dem jedes einzelnen übereinstimmt - eine derartige Forderung wäre utopisch und daher als Verfassungsrecht, das doch die Wirklichkeit bestimmen soll, unsinnig -, sondern daß der einzelne überhaupt frei und gleichberechtigt mit den anderen mitbestimmt und daher selbst dann an der Bildung des Gemeinschaftswillens positiv beteiligt ist, wenn er im Ergebnis überstimmt wird (mit der Konsequenz, daß er diesen Gemeinschaftswillen nicht wie einen fremden oder gar feindlichen, ihm aufgezwungenen, sondern wie seinen eigenen auffaßt und daher auch "freiwillig" befolgt (54)).

Da eine derartige demokratische Willensbildung der Gemeinschaft zum Wesen einer freiheitlichen Staatsordnung gehört, ist folgerichtig das demokratische Prinzip neben dem freiheitlichen und dem sozialen unabänderlicher Bestandteil unserer Verfassung, Art. 20 I i.V.m. Art. 79 III GG.

Im Bereich der gemeindlichen Selbstverwaltung trägt Art. 28 I 2 GG diesem Grundsatz Rechnung, der vorschreibt, daß die örtliche Gemeinschaft durch ein von allen einzelnen unmittelbar, frei und gleich gewähltes Organ vertreten sein muß, das dann im Auftrage der örtlichen Gemeinschaft deren Angelegenheiten regelt. Als Besonderheit gegenüber den Wahlen zu staatlichen Vertretungskörperschaften kommt hier

52) S. hierzu W. Kägi, Rechtsstaat, passim.

53) S. hierzu z.B. Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 38 zu Art. 20 GG (mit Nachweisen).

54) S. hierzu A. Schüle, Demokratie, S. 339 ff.

hinzu, daß bei den Wahlen zur Gemeindevertretung angesichts der - abgesehen von größeren und Großstädten - überschaubaren örtlichen Verhältnisse eine ausreichend konkrete Willensbildung des Gemeindevolks auch ohne das "Medium" der politischen Parteien möglich ist (55). Da das demokratische Prinzip in dem oben erörterten Sinne (d.h. als notwendige Konsequenz einer freiheitlichen Staatsordnung) die bestmögliche Beteiligung eines jeden einzelnen an der Willensbildung der betroffenen Gemeinschaft fordert, folgt aus ihm daher für das Gemeindevahlrecht, daß auch die Wahl von Einzelpersonlichkeiten oder von Kandidaten nur örtlicher Gruppen in die Gemeindevertretung möglich sein muß, damit jeder einzelne tatsächlich die Personen seines Vertrauens - unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zu einer politischen Partei i. S. v. Art. 21 GG - als seine "Vertreter" berufen kann (56) (57). Allgemein bedeutet das aus dem Menschenbild des Grundgesetzes hergeleitete demokratische Prinzip für den Bereich der gemeindlichen Selbstverwaltung, daß die in der örtlichen Gemeinschaft lebenden einzelnen - rechtlich wie tatsächlich - die Möglichkeit haben müssen, bei der Regelung der örtlichen Angelegenheiten weitestgehend mitzubestimmen (58).

- 5) Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß das Menschenbild des Grundgesetzes zu seiner Verwirklichung eine freiheitliche, soziale und demokratische Gemeinschaftsordnung fordert und daß demgemäß die gesamte Staatsordnung des Grundgesetzes auf diesen Grundsätzen, die

55) S. hierzu das Bundesverfassungsgericht in E 11, S. 266 ff, S. 273 ff; s. auch oben unter B II 6.

56) Diese allgemeine Erwägung bestätigt das oben unter B II 6 unmittelbar aus Art. 28 II 1 GG gewonnene Ergebnis.

57) Wegen der Rechtsstellung auch der Gemeindevertreter als echte "Vertreter" ihrer Wähler - mit der Folge, daß sie bei allen wesentlichen Entscheidungen gehalten sind, den Willen ihrer Wähler zur Geltung zu bringen, nicht also allein nach ihren Vorstellungen handeln dürfen - s. o. Anm. 47.

58) Für die unmittelbare Beteiligung der Gemeindebürger an der Wahrnehmung der örtlichen Angelegenheiten (d.h. neben den Wahlen zur Vertretungskörperschaft) bietet das Gemeindeverfassungsrecht zahlreiche Möglichkeiten, so insbesondere die ehrenamtliche Mitarbeit sachkundiger Bürger in den verschiedensten gemeindlichen Ausschüssen. Folglich gebietet das demokratische Prinzip u. a. die Schaffung solcher Ausschüsse in den Gemeinden.

es ihrer Bedeutung entsprechend für unabänderlich erklärt (Art. 1 und 20 I i. V. m. Art. 79 III GG), aufbaut. So ist auch das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht mit seinen verschiedenen Komponenten, wie Art. 28 II 1 (i. V. m. Art. 28 I 2) GG es festlegt, durch das freiheitliche, das soziale und das demokratische Prinzip bedingt mit der Konsequenz, daß diese Prinzipien letztlich auch die Maßstäbe für eine richtige Auslegung des Art. 28 II 1 und damit für die Lösung von Zweifelsfragen liefern (59).

Im einzelnen folgt aus der Freiheitlichkeit das Recht der in der örtlichen Gemeinschaft lebenden einzelnen gegenüber der umfassenderen staatlichen Gemeinschaft, ihre (örtlichen) Angelegenheiten selbst in eigener Verantwortung zu regeln; das soziale Prinzip findet seinen Ausdruck in der Pflicht der örtlichen Gemeinschaft, ihr Selbstbestimmungsrecht nicht zum Schaden anderer örtlicher Gemeinschaften (und damit auch unmittelbar der überörtlichen Gemeinschaft) zu mißbrauchen und notfalls Opfer zugunsten der gleichen Freiheit anderer zu erbringen - oder umgekehrt in dem Recht des Staates, gegebenenfalls die Freiheit einzelner örtlicher Gemeinschaften zugunsten der gleichen Freiheit anderer einzuschränken; das demokratische Prinzip schließlich gewährleistet ein optimales Selbstbestimmungsrecht der einzelnen auch bei der Wahrnehmung der örtlichen "notwendigen Gemeinschaftsaufgaben" (die also der Gesamtheit der einzelnen obliegt), indem jeder einzelne gleichberechtigt mit den anderen mittels der Wahl der Gemeindevertretung über die gemeinsamen Angelegenheiten mitbestimmt.

-
- 59) Diese Feststellung ist bisher - soweit ersichtlich - noch nie in dieser Eindeutigkeit und Unmittelbarkeit getroffen worden (zwar finden sich entsprechende Ansätze bei E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 686 ff; sie werden jedoch - abgesehen von ganz speziellen, hier nicht interessierenden Folgerungen - leider nicht ausgeführt, insbesondere nicht für die grundsätzliche Auslegung des Art. 28 II 1 GG fruchtbar gemacht), obwohl angesichts der zahlreichen Zweifelsfragen bei der Anwendung der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung in Art. 28 II 1 GG genügend Anlaß zu einer derart grundsätzlichen Untersuchung gewesen wäre. Dies dürfte vor allem daran liegen, daß Art. 28 II 1 GG bisher in aller Regel isoliert behandelt und dabei primär unter dem Aspekt der traditionellen gemeindlichen Selbstverwaltung gesehen wird, wobei dann die Verbindung mit dem Grundgesetz, also mit seinem eigentlichen "Grund", verloren geht. Hierüber s. vor allem unten unter B V 1.

Hier ist jedoch folgendes zu beachten: Ausgangspunkt und letzter Maßstab einer Abgrenzung in Zweifelsfällen sind nicht die genannten, in der Verfassung unmittelbar festgelegten Grundsätze des freiheitlichen, des sozialen und des demokratischen Staates, sondern ist das dem Art. 1 I zugrundeliegende Menschenbild des Grundgesetzes, das jene erst bedingt und dessen Verwirklichung sie dienen. Ihnen kommt daher weder eine selbständige Bedeutung noch ein spezifischer Eigenwert zu, vielmehr müssen sie gleichermaßen stets in ihrer Bezogenheit eben auf jenen letzten Maßstab gesehen werden. Deshalb sind sie zwar einander nicht völlig gleichwertig, sondern es besteht insofern eine Rangfolge unter ihnen, als aus dem Menschenbild des Grundgesetzes unmittelbar nur die Notwendigkeit einer freiheitlichen Gemeinschaftsordnung folgt. Da jedoch persönliche Freiheit innerhalb einer Gemeinschaft nur unter den aufgezeigten Voraussetzungen realisierbar ist, bedingt das freiheitliche Prinzip seinerseits (außerdem) eine soziale und demokratische Gemeinschaftsordnung in dem oben dargelegten Sinne. Das freiheitliche Prinzip hat demnach grundsätzlich Vorrang sowohl vor dem sozialen als auch vor dem demokratischen mit der Folge, daß diese auch ihre Wirksamkeitsgrenzen von jenem empfangen (60). Andererseits sind die drei Prinzipien nur im Zusammenwirken, nur auf Grund ihrer konkreten Wechselwirkung, imstande, die gestellte Aufgabe - nämlich größtmögliche Freiheit eines jeden einzelnen zu ermöglichen und zu sichern - zu erfüllen, so daß umgekehrt auch die Freiheit ihre Grenze am sozialen und am demokratischen Prinzip findet, - wenn und soweit der Schutz der Freiheit der anderen dies verlangt. - Speziell

-
- 60) So sind beispielsweise "überörtliche Belange" im Verhältnis zu den örtlichen Interessen nicht um ihrer selbst willen, sondern nur insoweit schutzwürdig und vorrangig, als der Schutz der Freiheit der betroffenen einzelnen innerhalb der überörtlichen Gemeinschaft dies verlangt; es muß also in jedem Falle sehr sorgfältig abgewogen werden zwischen der Schutzwürdigkeit der Freiheit der einzelnen innerhalb der betroffenen örtlichen Gemeinschaft einerseits und der Schutzwürdigkeit der Freiheit der einzelnen innerhalb der überörtlichen Gemeinschaft andererseits. Insbesondere gibt es keine "überörtlichen Belange an sich", sondern es wird jeweils das - überörtliche - Betroffensein der Freiheit von einzelnen vorausgesetzt (so genügt es nicht, daß bei einer örtlichen Regelung die Freiheit anderer örtlicher Gemeinschaften und damit der dort ansässigen einzelnen (abstrakt) gefährdet sein könnte, vielmehr ist eine konkrete Gefährdung notwendig, erst dann liegen "überörtliche Belange" vor).

auf das Recht der gemeindlichen Selbstverwaltung angewandt folgt aus dieser Erkenntnis, daß insbesondere die beiden in ihrer Wirkungsweise einander unmittelbar entgegengesetzten Prinzipien des Freiheitlichen und des Sozialen - dargestellt einerseits durch das Recht der örtlichen Gemeinschaft, ihre Angelegenheiten selbst eigenverantwortlich zu regeln, andererseits durch die Möglichkeit des Staates, im Wege der Gesetzgebung die örtliche Freiheit erforderlichenfalls zugunsten der Belange der überörtlichen Gemeinschaft oder genauer: Zugunsten der gleichen Freiheit aller örtlichen Gemeinschaften, einzuschränken - keine festen, starr gegeneinander abgegrenzten Größen sind, sondern sich vielmehr, je nach den tatsächlichen Umständen, wechselseitig in ihrem Inhalt (erst) bedingen, indem nämlich "sozial verantwortlich" ausgeübte örtliche Freiheit ein Eingreifen des Staates weitgehend überläßt, während umgekehrt örtliche Selbstsucht und mangelnde Rücksichtnahme ein solches unmittelbar fordern. Wenn sich also in der Wirklichkeit des Gemeindelebens auch regelmäßig ein verhältnismäßig fester Bestand an örtlicher Freiheit einerseits und an staatlicher "Mitsprache" und staatlichen Eingriffen andererseits herausbildet (61), so darf das dennoch nicht den oben dargelegten Tatbestand vergessen lassen, daß nämlich letztlich beide Bereiche nie endgültig feststehen, sondern daß sie sich - eben weil beide Prinzipien ein und demselben Ziel dienen - in ihrem Inhalt erst gegenseitig bedingen, so daß ein Wandel auf der einen Seite notwendig eine entsprechende Änderung auf der anderen Seite nach sich zieht (62).

Abschließend lassen sich demnach die oben im II. Teil (63) bei der Auslegung des Art. 28 II 1 (i.V.m. Art. 28 I 2) GG offen gebliebenen Fragen wie folgt beantworten:

a. Wie im Verhältnis einzelner - Gemeinschaft hat auch im Verhältnis

61) Sowohl die historische Entwicklung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts als auch die verschiedenen Länder der Bundesrepublik weisen eine verhältnismäßig konstante Relation auf; andererseits haben sich aber auch stets regionale Besonderheiten Geltung verschafft (von einer entsprechend den unterschiedlichen Voraussetzungen zulässigen regionalen Differenzierung geht beispielsweise das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zur 5% Sperrklausel im Gemeindewahlrecht - E 6, S. 104 ff, S. 118/19 - aus, wenn es auf die besondere Lage in Nordrhein-Westfalen mit seinen zahlreichen Stadtkreisen hinweist).

62) S. hierzu oben die Anm. 23 ff und insbesondere Anm. 43.

63) Unter B II 8.

örtliche - staatliche Gemeinschaft die örtliche Freiheit prinzipiell den Vorrang vor der überörtlichen Bindung. Hieraus folgt für das Recht der gemeindlichen Selbstverwaltung, daß die örtliche Gemeinschaft berechtigt ist, alle ihre Angelegenheiten grundsätzlich in alleiniger eigener Verantwortung, also ohne eine Mitsprache und ohne Eingriffe des Staates, zu regeln: aus diesem Grunde ist bei der Qualifizierung der in der einzelnen Gemeinde anfallenden Aufgaben als "rein örtliche", "primär örtliche" und "typisch staatliche" im Zweifel zugunsten der Zuständigkeit der örtlichen Gemeinschaft zu entscheiden; daher berechtigt die Klausel "im Rahmen der Gesetze" bei den primär örtlichen (aber gleichzeitig unmittelbar staatliche Interessen mitbetreffenden) Aufgaben die staatliche Gemeinschaft nur insoweit zur Mitsprache durch Vorregelung des "ob" oder auch des "wie" der betreffenden örtlichen Angelegenheit, als ohne eine solche staatliche Beteiligung die konkrete Gefahr eines Mißbrauchs der örtlichen Freiheit durch einzelne örtliche Gemeinschaften zum Schaden der Freiheit anderer örtlicher Gemeinschaften bestünde oder überhaupt die Freiheit einzelner örtlicher Gemeinschaften (und damit auch der in diesen lebenden einzelnen) gefährdet wäre; deshalb schließlich muß der Staat seine Aufsicht über die örtlichen Gemeinschaften so handhaben, daß dadurch deren Eigenständigkeit und Eigenverantwortung nicht mehr als unumgänglich notwendig beschränkt wird (64).

b. Das örtliche Selbstbestimmungsrecht ist jedoch dadurch begrenzt, daß allen örtlichen Gemeinschaften gleichermaßen Freiheit möglich sein und daß diese örtliche Freiheit letztlich allen in der örtlichen Gemeinschaft lebenden einzelnen zugute kommen muß. Dieses tatsächlich sicherzustellen ist die Aufgabe des Staates; er wird daher durch den Gesetzesvorbehalt des Art. 28 II 1 zu allen jenen Eingriffen gegenüber den örtlichen Gemeinschaften ermächtigt, die im konkreten Fall

-
- 64) Bei der Handhabung der "Kommunalaufsicht" ist der Staat also - wie auch bei Eingriffen gegenüber seinen Bürgern - an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden. Daraus folgt (in Parallele zu § 6 II des hessischen Polizeigesetzes, wonach polizeiliche Verfügungen nicht lediglich den Zweck haben dürfen, der Polizei die Durchführung ihrer Aufgaben zu erleichtern) u. a., daß der Staat die örtliche Selbstbestimmung nur insoweit beschneiden darf, als dies zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung des Rechts oder zur Beseitigung von Mißständen konkret notwendig ist, - daß somit alle Maßnahmen, die ihm lediglich die Aufsicht erleichtern sollen, unzulässig sind (dieser Gesichtspunkt spielt vor allem bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Genehmigungsvorbehalten eine bedeutende Rolle; darüber s. unten unter B V 3).

zur Erfüllung seines Auftrags erforderlich sind (65). Im einzelnen muß zwischen folgenden Fällen unterschieden werden:

Bei Aufgaben, die ihrer Art nach "rein örtliche" sind und deren Wahrnehmung folglich eigentlich allein der örtlichen Gemeinschaft obläge, kann dadurch, daß die örtliche Freiheit "mißbraucht" wird, ein unmittelbares staatliches Interesse begründet werden, das seinerseits den Staat zur Mitsprache im Wege der Gesetzgebung bei der Regelung der betreffenden Angelegenheiten durch die örtliche Gemeinschaft berechtigt und ihm so die Möglichkeit gibt, den Mißbrauch abzustellen (66).

Im Bereich der primär örtlichen, aber gleichzeitig auch staatliche Interessen unmittelbar betreffenden Aufgaben kann der Staat sein Mitspracherecht erforderlichenfalls bis zu jener absoluten Grenze ausüben, die ihm dadurch gesteckt ist, daß die örtliche Eigenverantwortlichkeit und Selbstbestimmung nicht restlos beseitigt werden dürfen, sondern daß immer noch Spielraum für eine selbständige eigene Entscheidung der örtlichen Gemeinschaft bleiben muß.

Es sind jedoch auch Fälle von der Sache nach eigentlich primär örtlichen Aufgaben (für die also normalerweise die örtliche Gemeinschaft - wenn auch beschränkt durch die Möglichkeit eines staatlichen Mitspracherechts - zuständig wäre) denkbar, bei denen es angesichts eines schwerwiegenden, durch geringere Mittel nicht abzustellenden Mißbrauchs der örtlichen Freiheit oder entsprechender Umstände nicht genügt, daß der Staat lediglich mitsprechen darf, wo vielmehr der Schutz der Freiheit aller örtlichen Gemeinschaften (und damit mittelbar der in diesen lebenden einzelnen) die alleinige Zuständigkeit des Staates fordert; wenn und soweit diese besonderen Voraussetzungen vorliegen, handelt es sich dann aber in Wahrheit nicht mehr um örtliche, sondern um der Sache nach typisch staatliche Angelegenheiten, die die staatliche Gemeinschaft folglich auch zu staatlichen Aufgaben erklären und auf diese Weise in ihre alleinige

65) S. hierzu jedoch oben Anm. 43a.

66) Allerdings ist auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten: Danach kann der Staat verpflichtet sein, zunächst mit Mitteln der Aufsicht gegen die betreffenden einzelnen örtlichen Gemeinschaften vorzugehen, um nicht durch eine entsprechende - notwendig allgemeine - überörtliche Regelung die Freiheit aller örtlichen Gemeinschaften beschneiden zu müssen. In jedem konkreten Fall müssen also die verschiedenen Gesichtspunkte sorgfältig gegeneinander abgewogen werden, wobei im Zweifel die örtliche Freiheit den Vorrang hat.

Zuständigkeit ziehen kann (67).

Gesichert und gegebenenfalls durchgesetzt werden die genannten Mitsprache- und Entscheidungsrechte des Staates im örtlichen Bereich durch die ihm eingeräumten Aufsichtsbefugnisse; die staatliche Gemeinschaft überwacht also selbst die Befolgung ihrer Gesetze durch die örtlichen Gemeinschaften und darf zu diesem Zweck die erforderlichen Maßnahmen treffen und notfalls sogar mit entsprechenden Zwangsmitteln eingreifen.

Als grundsätzliches Ergebnis der vorangegangenen Erörterungen kann schließlich festgehalten werden: Der Inhalt des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts nach dem Grundgesetz läßt sich nur dann sicher wie abschließend bestimmen, wenn man sowohl Art. 28 II 1 als auch die Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes der Auslegung zugrunde legt: liefert Art. 28 II 1 die rechtlich faßbare Struktur mit differenzierten Formen, so geben die Konstitutionsprinzipien Ziel und Richtung an; der konkrete Inhalt läßt sich wegen der gegenseitigen Bedingtheit von Freiheitlichem und sozialem Prinzip letztlich immer erst im Einzelfall aus den tatsächlichen Umständen ermitteln, wobei zwar grundsätzlich die örtliche Freiheit den Vorrang hat, diese Freiheit jedoch eine von vornherein "sozial" gebundene und folglich einschränkbar ist, wenn und soweit dies die Aufgabe des Staates, allen örtlichen Gemeinschaften (und damit den in diesen lebenden einzelnen) gleichermaßen Freiheit zu ermöglichen, erfordert.

-
- 67) Unter diesem Gesichtspunkt sind insbesondere staatliche Normierungen, die wesentliche Bereiche des kommunalen Dienstrechtes weitgehend, z. T. sogar abschließend, regeln und deren Zulässigkeit wegen der von der Verfassung gewährleisteten sog. Personalhoheit der Gemeinden zunächst zweifelhaft erscheint, gerechtfertigt (ohne daß damit jedoch die Verfassungsmäßigkeit aller einschlägigen Vorschriften behauptet werden soll; hier wäre vielmehr jeweils eine Einzeluntersuchung notwendig, die alle Umstände sorgfältig gegeneinander abwägen müßte). Gerade hier zeigt sich, daß die Freiheit der einzelnen örtlichen Gemeinschaft nie isoliert, sondern immer im Hinblick auf das Verfassungsziel gesehen werden muß, allen örtlichen Gemeinschaften gleichermaßen Freiheit zu garantieren.

IV. Teil : Die Problematik der "institutionellen Verfassungsgarantien" im Hinblick auf die Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung durch das Grundgesetz.

Bevor abschließend darauf eingegangen wird, wie sich das oben entwickelte Ergebnis im einzelnen mit den bisher zum Inhalt der gemeindlichen Selbstverwaltung vertretenen Meinungen verträgt, soll die prinzipielle Frage erörtert werden, inwieweit es richtig oder zumindest vertretbar ist, bei diesem Ergebnis von einer "institutionellen Garantie" des Grundgesetzes zu sprechen, wie dies bisher bei der Gewährleistung der gemeindlichen Selbstverwaltung durch das Grundgesetz in fast allen Kommentaren, Lehrbüchern, Monographien, Aufsätzen und Gerichtsentscheidungen zur Frage der kommunalen Selbstverwaltung geschieht (1).

-
- 1) Wegen der geradezu unübersehbaren Fülle an Stellungnahmen zu dieser Frage kann nur eine gewisse Auswahl gegeben werden.
 - a) Kommentare zum Grundgesetz: G. Dürig bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 97 (a.E.) zu Art. 1 GG; A. Hamann, Anm. A 2 sowie B 5 zu Art. 28 GG; Fr. Klein bei H.v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. II 2 b sowie IV zu Art. 28 GG (S. 698 bzw. 704); H. v. Mangoldt, Anm. 3 zu Art. 28 GG (S. 180); Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 24 zu Art. 28 GG; K.G. Wer-
nicke, Anm. II 2 a sowie II b 3 zu Art. 28 GG;
 - b) Kommentare zu den Gemeindeordnungen der Bundesländer:
z.B. H. Muntzke - H. Schlempp, Kommentar, S. 213 ff,
z.B. S. 216, 220.
 - c) Lehrbücher, Handbücher und Ähnliches zum Gemeinderecht:
E. Becker, Die Selbstverwaltung, S. 139 ff, insbes. S. 140;
W. Cantner, Landkreise, S. 426/27; A. Köttgen, Wesen, S.
213 ff; E. Kraus bei E. v. Turegg - E. Kraus, Lehrbuch,
S. 255/56; W. Loschelder, Gemeindeordnungen, S. 15 ; H. Pa-
genkopf, Kommunalwissenschaft, S. 85; E. Walz, Gemeindever-
fassungsrecht, S. 239; K. Zuhorn, Gemeindeverfassung, S. 19.
 - d) Monographien: J. David, Sitzungsgewalt, S. 36 ff; W. Grund-
mann, Rathausparteien, S. 91 und S. 94/95; A. Köttgen, Die
Gemeinde, insbes. S. 13 ff und S. 37 ff; W. Weber, Staats-
und Selbstverwaltung, S. 34 ff, S. 36.
 - e) Aufsätze: O. Gönnerwein, Die Kommunalaufsicht als Rechts-
aufsicht, in der Gedächtnisschrift für Walter Jellinek (1955),
S. 511 ff, S. 524/25, und Zu einigen Fragen des heutigen Ge-
meinderechts, in AöR 81 (1955/56), S. 214 ff, S. 219; H. Görg,

Da bereits der Begriff der "institutionellen Garantie" als solcher keineswegs feststeht, ist es zunächst erforderlich, diesen zu klären; erst anschließend kann dann geprüft werden, ob er geeignet ist, speziell den Inhalt der Gewährleistung in Art. 28 II 1 GG zu erfassen und richtig zu bezeichnen.

- 1) Eine Erörterung des Begriffs der "institutionellen Garantie" muß beginnen mit der Verfassungsrechtslage unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung vom 11.8.1919, denn diese Rechtsfigur ist nur verständlich als Zweckschöpfung (2) der Staatsrechtswissenschaft, mit deren Hilfe "etwas mehr Ordnung und Unterscheidungsmöglichkeit" (3) innerhalb der geschriebenen Verfassung geschaffen werden sollte, insbesondere im zweiten Hauptteil, über die "Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen", mit seinen sehr verschiedenartigen, zum Teil sogar gegensätzlichen Normierungen und Gewährleistungen, seiner "Heterogenität, Inkohärenz und Pleonexie", wie Carl Schmitt es be-

Sind Kommunalbeamte mittelbare Staatsbeamte?, in ZBR 1954, S. 332 ff, S. 334; W. Henrichs, Die Rechtsprechung zur Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland, in DVBl. 1954, S. 728 ff, S. 734; W. Loschelder, Die Entwicklung des Kommunalverfassungsrechts seit 1945, in DÖV 1959, S. 409 ff; Chr. Masson, Gemeindeaufgaben im Schutz der Verfassung, in BayVBl 1958, S. 197 ff, S. 198; W. Thieme, Staat und Gemeinden im Saarland, in DVBl. 1958, S. 261 ff, S. 266.

- f) Entscheidungen: Das Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 1, S. 167 ff, S. 174/75; 9, S. 268 ff, S. 289/90; 11, S. 266 ff, S. 273 - 276; 11, S. 351 ff, S. 351; - das Bundesverwaltungsgericht in BVerwGE 2, S. 329 ff, S. 332; 6, S. 19 ff, S. 22/23; 6, S. 247 ff, S. 252; 6, S. 342 ff, S. 344; - der Verfassungsgerichtshof von Nordrhein-Westfalen in OVG E 9, S. 74 ff S. 83; 10, S. 282 ff, S. 284/85; 11, S. 149 ff, S. 149/50; - der Badische Verwaltungsgerichtshof in VerwRspr. 4, S. 197 ff (Nr. 48), S. 204 - 06.
- 2) G. Dürig bei Maunz - Dürig spricht in diesem Zusammenhang von einer "gelungenen Kunstschöpfung", Rdn. 98 (1. Absatz) zu Art. 1 GG.
- 3) So der Initiator der Lehre von den "institutionellen Garantien" Carl Schmitt, in "Freiheitsrechte", S. 143.

klagte (4). Geradezu unüberwindliche Schwierigkeiten für eine sachgerechte Auslegung erwuchsen hier vor allem aus der Tatsache, daß einerseits die einzelnen Bestimmungen im Hinblick auf ihren sachlichen Gehalt, insbesondere auch bezüglich ihres Rangverhältnisses zu anderen Bestimmungen (nämlich ob gleich-, höher- oder niederrangig), unscharf formuliert waren, so daß sich ihr wahrer Inhalt allein unter sachlichen Gesichtspunkten, und zwar nicht isoliert, sondern im Wege einer Gesamtbetrachtung der Verfassung, richtig bewerten und in die Gesamtverfassung einordnen ließ, - andererseits die herrschende positivistische Interpretationsmethode bei einem juristisch gesehen derart unvollkommenen Text notwendig scheitern, zumindest aber sachlich unzutreffende Ergebnisse liefern mußte (5). Hinzu kam, daß das Verhältnis der Verfassung zu Gesetzen des "einfachen" Gesetzgebers zunächst unklar war: Für den Positivisten bestand die Sonderstellung der Verfassung eigentlich allein (formell) in ihrer erschwerten Abänderbarkeit gemäß Art. 76 (6); dagegen erlangte die Tatsache, daß die Verfassung als Grundlage der gesamten staatlichen Ordnung typischerweise einen besonderen sachlichen Rang hat und aus diesem Grunde dem einfachen Gesetz vorgeht, nur allmählich und nur gegen heftigen

-
- 4) In "Freiheitsrechte", S. 140; s. auch S. 142/43 sowie in "Grundrechte", S. 206 ff. Ähnlich Klein in "Institutionelle Garantien", S. 268 ff.
- 5) Allgemein hierzu s. die Kritik von E. Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 246 ff, S. 247, S. 252 ff, und Juristische Relationsbegriffe und Dingbegriffe, S. 266 ff; R. Smend, Das Recht der freien Meinungsäußerung, S. 44 ff, S. 44/45, S. 48, und Verfassung und Verfassungsrecht, insbes. S. 238 ff, S. 260 ff; H. Triepel in der Diskussion zum Referat Smends in VVDStL Heft 4 (1928), S. 89/90; s. auch A. Hensel, Grundrechte und politische Weltanschauung, S. 3 und passim; speziell s. die Kritik von C. Schmitt, Freiheitsrechte, S. 140 ff (S. 140/41 !), und Grundrechte, S. 181 ff, insbes. S. 206 ff.
- 6) S. z.B. G. Anschütz in Anm. 1 und 3 zu Art. 76 RV, und R. Thoma im Handbuch, Bd. I, S. 182 (Anm. 25) und S. 193/94, Bd. II, S. 153/54 (wobei dies allerdings weniger gegen die Qualität der Verfassung als für die des Gesetzes im demokratischen Staat spricht; über die Gründe solcher rein formellen Unterscheidung s. vor allem G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 531 ff, insbes. S. 533/34 - im Gegensatz zu S. 506/07 z.B.); entsprechend F. Klein in "Institutionelle Garantien", S. 248 ff.

Widerstand Anerkennung (7). So konnte zwar eben wegen Art. 76 RV nicht zweifelhaft sein, daß der Inhalt der geschriebenen Verfassung, soweit er nur genügend konkretisiert und juristisch faßbar war, insofern gegenüber dem einfachen Gesetz eine Sonderstellung einnahm, als er nur unter erschwerten Voraussetzungen, also nicht vom einfachen Gesetzgeber, unmittelbar abgeändert oder gar beseitigt werden durfte (8); problematisch jedoch wurden das Verhältnis Verfassung - einfaches Gesetz und damit auch Art und Reichweite des Verfassungsschutzes speziell gegenüber dem einfachen Gesetzgeber bezüglich jener Bestimmungen, die entweder einen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt enthielten oder doch zu ihrer Anwendbarkeit zunächst noch der Ausfüllung oder Konkretisierung durch Gesetz bedurften, in denen die Verfassung also den einfachen Gesetzgeber für zuständig erklärte, auf ihre Regelung in den betreffenden Bestimmungen unmittelbar Einfluß zu nehmen (9). Hierher zählten insbesondere auch jene Fälle, in denen die Verfassung Einrichtungen des öffentlichen Rechts (10) gewährleistete, die sie nicht selbst geschaffen oder auch nur näher geregelt, sondern die sie als mehr oder minder gefestigte Normenkomplexe bereits vorgefunden und als solche aufgenommen hatte (11). Diese Einrichtungen existierten jedoch nicht "natürlich", aus sich heraus, in einer bestimm-

-
- 7) Kennzeichnend hierfür war die Diskussion im Anschluß an das Referat R. Smends über "Das Recht der freien Meinungsäußerung" sowie an den Beitrag E. Kaufmanns hierzu auf der Staatsrechtslehrertagung zu München im Jahre 1927, in VVDStL Heft 4 (1928), S. 74 ff (charakteristisch für die Einstellung R. Thomas vor allem seine Darlegung im Handbuch, II. Bd., S. 139).
 - 8) S. hierzu z.B. die oben in Anm. 6 genannten Ausführungen von G. Anschütz, R. Thoma und Fr. Klein.
 - 9) Hierzu s. u. im Text und die Anm. 15 und 16.
 - 10) Hinsichtlich der privatrechtlichen Einrichtungen ist die Problematik in diesem Ausgangspunkt grundsätzlich genau die gleiche; Unterschiede treten erst in einem späteren Stadium auf. Da hier jedoch allein die öffentlichrechtlichen Einrichtungen interessieren, kann und muß auf eine Behandlung (auch) der privatrechtlichen Einrichtungen verzichtet werden.
 - 11) Nach C. Schmitt handelt es sich immer um "etwas Gegenwärtiges, formiert und organisiert Bestehendes und Vorhandenes" (Freiheitsrechte, S. 155); Fr. Klein formuliert in Anlehnung an C. Schmitt: "Die institutionelle Garantie betrifft nicht Zukünftiges, noch zu Bildendes und zu Umgrenzendes, erst zu

ten Form und mit einem festen Inhalt, so daß die Verfassung sie abstrakt hätte voraussetzen können; vielmehr waren sie nur insoweit vorhanden, als sie einmal konkret geschaffen, "organisiert und formiert" worden waren, ihre Existenz überhaupt wie auch ihr konkreter Inhalt hingen also von der jeweiligen positiven Normierung ab (12). In-

Formierendes und zu Organisierendes, sondern gewährleistet Gegenwärtiges, schon Vorhandenes, bereits Bestehendes; sie garantiert Formiertes und Organisiertes, "Institutionelles" " (Institutionelle Garantien, S. 190/91).

- 12) Auf den grundsätzlichen Unterschied zwischen den (bereits "natürlich" vorhandenen) Freiheitsrechten einerseits und den (durch staatlich gesetztes Recht erst konkret geschaffenen) Rechtsinstituten und Institutionen andererseits weisen C. Schmitt und E.R. Huber (dieser allerdings unter Beschränkung auf die Rechtsinstitute; s. hierzu Anm. 53) mit folgenden Ausführungen hin: "Die Freiheit ist kein Rechtsinstitut, keine Einrichtung und keine Anstalt; sie kann noch weniger eine organisierte und formierte Institution des öffentlichen Rechts sein. Ihr Inhalt ist nicht von Staats wegen normiert; sie besteht nicht "nach Maßgabe der Gesetze"; was Freiheit ist, kann nämlich in letzter Instanz nur derjenige entscheiden, der frei sein soll" (Freiheitsrecht, S. 167); "Immer ist daran festzuhalten, daß Inhalt und Umfang der Freiheit sich nicht aus dem Gesetz ergeben dürfen. Eine Freiheit "nach Maßgabe der Gesetze" ist überhaupt keine Freiheit im liberalen Sinne. Der Vorbehalt des Gesetzes ist daher niemals der Vorbehalt einer Ausnahme" (Grundrechte, S. 208/09) (grundsätzlich so bereits in Verfassungslehre, S. 170 ff, 173 !); - sowie: "Der Gegensatz zwischen Rechtsinstitut und Freiheitsrecht liegt darin, daß das Freiheitsrecht eine Anerkennung der natürlichen Freiheit des Individuums bedeutet und sich vorbehaltlich äußerster, den Mißbrauch abwehrender, staatlicher Schranken, nach dem Maße der natürlich gegebenen Freiheit bestimmt, während das Rechtsinstitut in seinem Inhalt durch das positive Recht geordnet ist und "nach Maßgabe der Gesetze" besteht. Im einen Fall liegt also eine staatlich anerkannte, natürliche Freiheit des Individuums, im anderen Falle eine staatlich gestaltete Grundform des Rechts vor. Der "Vorbehalt des Gesetzes" hat beim Freiheitsrecht den Sinn, daß nur als Ausnahme und nur zur Abwehr des Mißbrauchs ein gesetzlicher Eingriff zulässig ist, beim Rechtsinstitut dagegen, daß erst das Gesetz den Inhalt und Umfang des Rechts bestimmt!"

dem nun die Verfassung die betreffenden Einrichtungen nicht selbst im einzelnen festlegte, überließ sie deren Regelung notwendig einem anderen, erklärte sie also - mittelbar - den einfachen Gesetzgeber hierfür zuständig, der folglich diese grundsätzlich auch abändern konnte. Der Umstand, daß die Verfassung die betreffenden Einrichtungen lediglich als solche nannte, also der Verzicht der geschriebenen Verfassung auf eine ins einzelne gehende eigene Regelung des Schutzobjekts, war somit gleichbedeutend einem Vorbehalt für den einfachen Gesetzgeber (13). Mangels einer entsprechenden positiven Verfassungsvorschrift (14) tauchte

(Bedeutungswandel, S. 37). - Grundsätzlich den gleichen Sachverhalt betrifft die Aussage Chr. Sasses: "Den Institutionen ... ist zunächst eigentümlich, daß sie Existenz und Erscheinungsform der Rechtsordnung verdanken. Sie sind rechtliche Setzungen, Normengefüge, nicht geoffenbarte oder im Sinne spekulativ-idealischer Welterkenntnis ermittelte Gegebenheiten eines objektiven geistigen Seins" (Problematik, S. 446).

- 13) Diese Feststellung muß deshalb besonders hervorgehoben werden, weil hier die eigentliche Problematik der "institutionellen Garantie" liegt: Nur bezüglich jener Schutzobjekte der Verfassung nämlich, die diese nicht selbst unmittelbar festlegt und die folglich grundsätzlich dem einfachen Gesetzgeber "offenstehen", kann die Wirksamkeit des Verfassungsschutzes fragwürdig erscheinen, da alles, was von der Verfassung selbst positiv geregelt ist, als Inhalt der geschriebenen Verfassung (gemäß Art. 76 RV) dem Zugriff des einfachen Gesetzgebers entzogen ist (daß hierher nicht auch die - von der Verfassung ja ebenfalls in ihrem Bestand vorausgesetzten - individuellen Freiheitsrechte gehören, ergibt sich daraus, daß letztere im Gegensatz zu den öffentlichrechtlichen "Institutionen" "natürlich" vorhanden sind, also gerade nicht erst kraft positiver Normierung existieren; s. Anm. 12. - Diese grundsätzliche Verschiedenheit ändert allerdings nichts daran, daß hinsichtlich der Reichweite des Verfassungsschutzes im Falle eines Gesetzesvorbehalts die Problematik bei beiden prinzipiell die gleiche ist; hierüber s. unmittelbar im Anschluß unten im Text).
- 14) Anders als jetzt im Grundgesetz, das in Art. 19 II die Unantastbarkeit des Wesensgehalts der Grundrechte auch in den Fällen eines Vorbehalts zugunsten des einfachen Gesetzgebers positiviert; daß diese Schranke gleichermaßen für die vom Grundgesetz garantierten Rechtseinrichtungen (und zwar trotz deren Verschiedenheit von den Freiheitsrechten) gilt, wird unten im Text näher ausgeführt.

in allen diesen Fällen die Frage auf, wie weit der Schutz der Verfassung gegenüber dem einfachen Gesetzgeber reichte oder umgekehrt, welche konkreten Befugnisse dem einfachen Gesetzgeber gegenüber der Verfassung eingeräumt waren: Durfte er die Verfassung in diesen Punkten lediglich ausfüllen oder ergänzen, ohne also an ihrem Inhalt überhaupt etwas ändern zu können - oder war ihm damit auch das Recht zu Änderungen, vor allem auch zu Einschränkungen, gegeben, die zwar nicht den Kern, wohl aber Einzelheiten berührten - oder war er gar in der Lage, die betreffende Regelung wesentlich abzuändern oder auch ganz zu beseitigen (hier wäre die Verfassung insoweit lediglich eine *lex generalis* oder aber eine *lex prior*, ohne irgendwelche Schutzwirkung, gewesen) ? Dem Positivismus war es unmöglich, bei einem nicht näher umschriebenen und begrenzten Gesetzesvorbehalt dem einfachen Gesetzgeber eine Schranke aufzurichten, da die geschriebene Verfassung eine solche nicht kannte (15); andererseits war das Ergebnis, daß es in der Macht des einfachen Gesetzgebers liegen sollte, wesentliche Verfassungsbestimmungen im Wege der Gesetzgebung tatsächlich völlig zu beseitigen, angesichts des klar erkennbaren Gewährleistungswillens der Verfassung höchst unbefriedigend. Hier konnte also allein eine inhaltlich wertende Methode abhelfen (16).

-
- 15) Die Konsequenz war, daß z. B. die unter einem Gesetzesvorbehalt stehenden Grundrechte als "leerlaufend", d. h. als gegenüber dem einfachen Gesetzgeber in ihrer Schutzfunktion wirkungslos, angesehen wurden (s. z. B. G. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 14. Aufl. 1933, Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen (Vorbem. Ziff. 7), S. 517 ff, S. 518; grundsätzlich R. Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze, in Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung (herausgegeben von H. C. Nipperdey), 1. Bd., Berlin 1929, S. 1 ff (S. 15/16, S. 22), insbes. S. 31 ff (S. 33/34 !). - S. hierzu aber auch Anm. 6 sowie R. Thoma a. a. O., S. 13.
- 16) Kritisch zu dieser den besonderen sachlichen Rang der Verfassung verkennenden Auffassung vor allem die oben in Anm. 5 genannten Autoren A. Hensel, E. Kaufmann, R. Smend und H. Triepel; speziell zu dieser Frage E. R. Huber, Bedeutungswandel, S. 15/16 und S. 34 ff, sowie C. Schmitt, Freiheitsrechte, S. 140/41, und Grundrechte, S. 199 ff, S. 201/02 und bes. S. 206 ff (Dagegen spricht Fr. Klein noch von den "vielen durch den sog. "Gesetzesvorbehalt" in ihrem Rechtswertgehalt beeinträchtigten Grundrechten", Institutionelle Garantien, S. 131).

- 2) An diesem Punkt setzten die Bemühungen u. a. Carl Schmitts (17) ein, der - ausgehend vom Wesen einer "Verfassung", eine "Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit" zu treffen (18) - innerhalb der geschriebenen Verfassung der Weimarer Republik sachlich-inhaltlich unterschied zwischen der "Verfassung" im eigentlichen Sinne, d. h. den für die Gemeinschaftsordnung nach der Weimarer RV grundlegenden und richtungsweisenden Bestimmungen, und den (ledig-

17) Um mögliche Mißverständnisse von vornherein auszuschließen, sei bereits hier - und zwar bezüglich der gesamten folgenden Erörterung der Lehre C. Schmitts von den "institutionellen Garantien" - hervorgehoben, daß, soweit einzelne Gedanken und Ergebnisse C. Schmitts vom Verf. gebilligt oder gar direkt übernommen werden, damit keineswegs eine Würdigung dieses Teilbereichs des Werkes C. Schmitts, geschweige denn seines Gesamtwerkes, beabsichtigt ist; vielmehr sind nur jene Erkenntnisse unmittelbar berücksichtigt, die sich bei richtiger Sicht aus der Sache selbst - also losgelöst und unabhängig von der jeweiligen Einstellung des Betreffenden - ergeben und die folglich Allgemeingültigkeit besitzen, die somit auch nicht die Anerkennung seiner Lehre insgesamt (und damit seines Standpunktes!) bedingen (die Lehre C. Schmitts wird also gleichsam losgelöst von der Person des Autors, als die eines anderen, dargestellt, so, wie sie vom Standpunkt eines die betreffende Verfassung Bejahenden hätte entwickelt sein können. Dieses Verfahren scheint trotz mancher Bedenken gerechtfertigt, weil auf diese Weise wertvolle Erkenntnisse für das Verfassungsrecht fruchtbar gemacht werden können, die ansonsten ungenutzt blieben). - Darauf, daß C. Schmitt die liberale und demokratische Verfassung der Weimarer Republik (auch wenn dies nicht immer offensichtlich wird) ablehnte und sie nicht zuletzt mittels seiner verfassungsrechtlichen Analysen bekämpfte, kann hier nicht im einzelnen eingegangen werden; es sei jedoch auf die bereits bei Fr. Klein (Institutionelle Garantien, insbes. S. 9) vorhandene grundsätzliche Kritik sowie insbesondere auf die Stellungnahmen von E. Kaufmann (Carl Schmitt und seine Schule) und A. Schüle (Eine Festschrift) hingewiesen (s. auch die Analyse des Schmitt'schen Denkens bei H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, S. 35 ff, insbes. S. 40/41, S. 44, S. 52/53). - S. auch unten Anm. 21.

18) Verfassungslehre, S. 20 ff.

lich) "Verfassungsgesetzen", also allen sonstigen, im wesentlichen (19) von der "Verfassung" im eigentlichen Sinne abgeleiteten Vorschriften (20); während die "Verfassung" im eigentlichen Sinne als die Grundlage der gesamten Gemeinschaftsordnung eo ipso garantiert und gegen Abänderungen und Beeinträchtigungen gesichert ist (21), sind die "Ver-

- 19) Nicht aller sonstiger Inhalt der geschriebenen Verfassung war durch die fundamentale "Entscheidung" der "Verfassung" im eigentlichen Sinne bedingt, sondern einige Dinge waren in sie lediglich zu dem Zweck aufgenommen worden, um sie auf diese Weise an dem erhöhten Verfassungsschutz (Art. 76 !) teilhaben zu lassen; s. Verfassungslehre, S. 18/19 sowie Freiheitsrechte, S. 154/55.
- 20) Verfassungslehre, S. 20 ff.
- 21) D.h. sie kann - anders als die (nur) "Verfassungsgesetze" - auch nicht mit qualifizierter Mehrheit geändert oder gar beseitigt werden (Verfassungslehre, S. 20 ff, insbes. S. 26/27); dagegen ist eine völlig neue "Verfassungsgebung" - und zwar im Sinne einer neuen "Entscheidung über Art und Form der politischen Einheit" des souveränen, in keinerlei Weise gebundenen Verfassungsgebers- wegen des ständigen Vorhandenseins der verfassungsgebenden Gewalt immer möglich (Verfassungslehre, S. 20 ff, S. 44 ff, S. 75 ff, insbes. S. 91 ff). - Gerade dieser letzte Gedankengang offenbart in besonders drastischer Weise die (nämlich normfeindliche, relativistische) Grundkonzeption C. Schmitts: Während die (lediglich) "Verfassungsgesetze" - als gegenüber den "einfachen" Gesetzen Normen höheren Ranges - nur mit qualifizierter Mehrheit abgeändert werden können und somit der Kompetenz des mit einfacher Mehrheit entscheidenden "normalen" Gesetzgebers (in der Demokratie die gewählte Volksvertretung) entzogen sind, kann die "Verfassung" selbst, obwohl sie doch als Grundlage der gesamten Staatsordnung über den "Verfassungsgesetzen" steht, ohne weiteres beseitigt werden, da sie nur "Entscheidung", nicht verpflichtende "Norm" ist. Damit wird aber über die "Verfassung" selbst die gesamte, auf ihr aufbauende und durch sie gerechtfertigte "normative" Staatsordnung (d.h. die normalen Gesetze wie auch die Verfassungsgesetze) in ihrer Bestandskraft und Verbindlichkeit unerträglich relativiert: nicht die verpflichtende "Norm", sondern der hinter der "Entscheidung" stehende, ungebundene "Wille" bestimmt letztlich, was im Ein-

fassungsgesetze", obwohl sie regelmäßig, wenn auch nicht notwendig, unmittelbar durch die "Verfassung" selbst bedingt und daher ebenfalls von besonderer Bedeutung für die Gemeinschaftsordnung sind, erst auf Grund ihrer Aufnahme in die geschriebene Verfassung, und zwar infolge deren erschwelter Abänderbarkeit, dem Zugriff des einfachen Gesetzgebers entzogen (22), - wobei die erschwerte Abänderbarkeit ihrerseits wiederum gerechtfertigt wird durch den besonderen sachlichen Rang auch der "Verfassungsgesetze", also nicht etwa zufällig, nur formal, existiert (23). In jedem Falle aber war der Wille der Verfassung deutlich erkennbar, ihren gesamten - allein sachlich faßbaren - Inhalt gegenüber dem einfachen Gesetzgeber abzusichern; folglich konnte ein durch die Verfassung dem einfachen Gesetzgeber eingeräumter Vorbehalt unmöglich den Sinn haben, diesem - sozusagen "durch die Hintertür" - eine wesentliche Abänderung oder gar Beseitigung des Inhalts der betreffenden Bestimmung zu gestatten; vielmehr war der einfache Gesetzgeber nur insoweit in seiner Entscheidung frei, als ihm die betreffende Vorschrift sachlich Raum ließ, als die Materie also nicht schon durch die Verfassung selbst in einem bestimmten

zelfall "rechtens" ist! (im einzelnen s. z.B. die Erörterungen H. Ehmkes, Grenzen der Verfassungsänderung, S. 35 ff, und O. Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen ?, S. 25/26 (insbes. Anm. 42). Besonders eindringlich E. Kaufmann, Carl Schmitt und seine Schule, offener Brief an Ernst Forsthoff, passim, insbes. S. 375: "Sie gehen davon aus, daß "Ordnung" als solche die Voraussetzung für die Unterscheidung von Recht und Unrecht ist, während es doch wohl umgekehrt ist, daß die Unterscheidung von Recht und Unrecht die Voraussetzung für eine Ordnung ist, die diesen Namen verdient. Wenn nicht die Unterscheidung von Recht und Unrecht der Schaffung einer Ordnung vorhergeht und ihre Grundlage bildet, könnte jede beliebige Ordnung die Kriterien für die Unterscheidung von Recht und Unrecht liefern und könnte jedes Unrecht durch diese "Ordnung" legitimiert werden ... Mit der Umkehrung der gegebenen und aufgegebenen Rangordnung bekennen Sie sich zu einem bodenlosen Dezisionismus als Rettung aus einem bodenlosen Nihilismus. Es ist zutreffend gesagt worden, daß Nihilismus im Grunde Aliquodismus ist, weil er jeder beliebigen, durch keine Norm gebundenen Dezision die Tore öffnet.").

22) Freiheitsrechte, S. 154/55.

23) Verfassungslehre, S. 16 ff, S. 18/19.

Sinne entschieden war (24).

Damit aber war die Frage nach dem Verhältnis der Verfassung zum einfachen Gesetz bereits grundsätzlich beantwortet: Die Verfassung hat typischerweise einen in der Sache liegenden höheren Rang als das einfache Gesetz; ein Vorbehalt der geschriebenen Verfassung zugunsten des einfachen Gesetzgebers ermächtigt diesen also grundsätzlich nur dazu, den durch die Verfassung selbst gesetzten Rahmen auszufüllen; soweit er ausnahmsweise eine Änderung der Verfassung gestattet, muß sich diese in den durch die betreffende Vorschrift wie letztlich durch die Verfassung insgesamt bezeichneten engen Grenzen halten; niemals gibt ein Vorbehalt der Verfassung dem einfachen Gesetzgeber das Recht, Bestimmungen der Verfassung wesentlich abzuändern oder gar völlig zu beseitigen.

Nun reicht diese allgemeine Feststellung zwar aus, um im Normalfall - in dem sich der Verfassungsinhalt also vollständig aus der geschriebenen Verfassung selbst ergibt (25) - die Schranken für den einfachen Gesetzgeber zu ermitteln; eine unmittelbare Auskunft darüber, wo diese Grenzen in dem speziellen Fall liegen, in dem die geschriebene Verfassung eine nur außerhalb ihrer selbst im einzelnen geregelte Materie als ihr Schutzobjekt nennt und damit in ihren Bereich mit einbezieht, gibt sie jedoch noch nicht. So stellt sich bei den von der Verfassung gewährleisteten öffentlichrechtlichen (26) Einrichtungen, für deren Regelung jedoch mangels einer Festlegung durch die Verfassung selbst der einfache Gesetzgeber zuständig bleibt (27), die Frage, in-

24) Freiheitsrechte, S. 140/41, und Grundrechte, S. 199 ff, bes. S. 201/02 und S. 206 ff; ebenso E.R. Huber, Bedeutungswandel, S. 15/16 und S. 34 ff, S. 37/38.

25) Hierher gehören außer den von der geschriebenen Verfassung selbst im einzelnen festgelegten Rechtseinrichtungen grundsätzlich auch die individuellen Freiheitsrechte, da sie von der Verfassung mit einem wenn auch nicht genau bestimmten (da prinzipiell unbegrenzten), so doch "natürlich" vorhandenen Inhalt geschützt werden (zumindest ergibt sich ihr Inhalt "negativ" aus den von der Verfassung aufgeführten Schranken); s. hierzu auch Anm. 12.

26) Darüber, daß in diesem Stadium für die privatrechtlichen Einrichtungen prinzipiell dasselbe gilt, s. o. Anm. 10.

27) Nur hier ergibt sich die die Rechtsfigur der "institutionellen Garantie" kennzeichnende Problematik!, s. o. Anm. 13.

wieweit diese am Schutz des Inhalts der geschriebenen Verfassung gegenüber dem einfachen Gesetzgeber teilhaben oder genauer: welche Bestandteile der betreffenden Einrichtung infolge deren genereller Einbeziehung in den Verfassungsinhalt dem Zugriff des einfachen Gesetzgebers entzogen sind und welche trotz der Verfassungsgarantie von diesem weiterhin geändert werden dürfen. - Nach dem oben Erörterten scheidet die Möglichkeit, daß der Gesetzgeber die Einrichtung als solche oder auch nur in ihren wesentlichen Bestandteilen ändern oder gar beseitigen kann, von vornherein aus; andererseits kann aber auch nicht zweifelhaft sein, daß die Verfassung, die als eine auf Dauer angelegte grundlegende Ordnung typischerweise nur die Grundlagen und Richtlinien festlegt, die betreffenden Institutionen nicht in allen Einzelheiten, d.h. einschließlich alles Nebensächlichen, mehr oder minder Zufälligen oder nur Augenblicksbedingten, sondern nur als solche, mit ihren wesentlichen Merkmalen, garantieren will. Dann aber bleibt nur folgende Lösung: Wenn die geschriebene Verfassung bestimmte öffentlichrechtliche Einrichtungen, die sie nicht selbst geschaffen oder zumindest näher festgelegt hat und für deren Regelung daher grundsätzlich der einfache Gesetzgeber zuständig ist, in ihren Schutz einbezieht, bewirkt sie dadurch, daß diese Einrichtungen bezüglich ihrer wesentlichen Bestandteile nunmehr der Kompetenz des einfachen Gesetzgebers entzogen sind, daß dieser folglich nur noch Einzelheiten ändern darf, die den Kern selbst unangetastet lassen (28). Damit ist auch - rein formal - der

-
- 28) Ebenso auch E. R. Huber, Bedeutungswandel, S. 37/38: "Der Vorbehalt der inhaltlichen (Hervorhebung vom Verf.) Normierung in der Garantie "nach Maßgabe des Gesetzes" bedeutet aber nicht, daß das Grundrecht (gemeint ist: das geschützte Rechtsinstitut) mit jedem beliebigen Inhalt ausgefüllt werden könnte und damit schlechthin der Disposition des Gesetzgebers unterworfen sei. Die gesetzliche Normierung darf immer nur soweit gehen, daß der immanente Sinn des Instituts nicht aufgehoben wird. Die Garantie eines solchen Rechtsinstituts, die "nach Maßgabe des Gesetzes" ausgesprochen wird, bedeutet insofern auch eine Schranke für den Gesetzgeber, als er das Institut zwar inhaltlich ändern und äußerlich beschränken, aber nicht vernichten und nicht in seinen "typischen, traditionell feststehenden" Grundzügen aufheben darf". - Zwar hat Carl Schmitt seine Gedanken nie derart eindeutig formuliert, wie E. R. Huber dies hier tut; konsequent zu Ende gedacht führen aber seine einzelnen Feststellungen zu diesem Ergebnis, das ihm folglich in dieser Form zugeschrieben werden kann (so baut E. R. Huber auch ausdrücklich weitgehend auf C. Schmitt auf). - S. aber auch oben Anm. 17 !

Tatbestand festgestellt, dem Carl Schmitt den Namen "institutionelle Garantie" (29) gab; eine solche lag also dann vor, wenn die geschriebene Verfassung eine Gewährleistung enthielt zugunsten einer nur außerhalb ihrer selbst konkret vorhandenen öffentlichrechtlichen Einrichtung mit der Folge, daß diese daraufhin in ihrem wesentlichen Bestand dem Zugriff des einfachen Gesetzgebers entzogen war (29a).

Bevor dieses Ergebnis kritisch beleuchtet wird - insbesondere im Hinblick auf den Mangel, daß es keine abschließende Auskunft über den möglichen Inhalt und Zweck der durch die Verfassung gewährleisteten oder überhaupt einer Verfassungsgewährleistung zugänglichen Institutionen sowie darüber gibt, wie grundsätzlich und im Einzelfall das "Wesen" dieser Institutionen zu bestimmen ist -, bedarf es jedoch noch der Abgrenzung und Ergänzung in mehrererlei Hinsicht. Zunächst muß zum besseren Verständnis einiger Besonderheiten in der Lehre Carl Schmitts über die "institutionellen Garantien" hervorgehoben werden, daß dieser die Rechtsfigur der "institutionellen Garantie" nur für den zweiten Hauptteil der Weimarer RV entwickelte, der unter der Überschrift "Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen" die vielfältigsten Dinge regelte (30). Seiner Auffassung nach bestand in der geschriebenen Verfassung der Weimarer Republik die "Verfassung" im eigentlichen Sinne in der grundlegenden Entscheidung des deutschen Volkes einmal für den bürgerlichen (liberalen) Rechtsstaat - gekennzeichnet durch Grundrechte und Gewaltenteilung -, zum anderen für die Demokratie (31), wobei in

29) Mit seiner Lehre von den "institutionellen Garantien" der Verfassung (im Gegensatz zu den "Grundrechten" i.S.v. individuellen Freiheitsrechten) knüpfte C. Schmitt grundsätzlich an die Untersuchungen Martin Wolffs an, der (in einem Beitrag in der Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für W. Kahl, erschienen in Tübingen 1923, insbes. S. 5/6) anlässlich der Behandlung der Eigentumsgarantie des Art. 153 WeimRV erstmals den Begriff der von der individuellen (subjektiven) Berechtigung prinzipiell zu unterscheidenden (objektiven) "Institutsgarantie" des Eigentums geprägt hatte, nämlich der Gewährleistung der (privatrechtlichen) Einrichtung "Eigentum".

29a) Darüber, daß C. Schmitt seine einzelnen Ergebnisse niemals derart abschließend zusammengefaßt hat, s. o. Anm. 28.

30) Verfassungslehre, S. 163 ff, S. 170 ff; Freiheitsrechte, S. 143; Grundrechte, S. 206 ff, S. 213 ff.

31) Verfassungslehre, S. 23/24; weitere Gesichtspunkte wie insbesondere der des Bundesstaates interessieren in diesem Zusammenhang nicht.

seiner Sicht bürgerlicher Rechtsstaat und Demokratie jedoch nicht letztlich eine Einheit bildeten - indem etwa das eine notwendig aus dem anderen gefolgt wäre oder zumindest eine konkrete, klar begrenzte Wechselwirkung zwischen beiden bestanden hätte -, sondern unvermittelt, beide aus eigenem Recht, nebeneinander und gegeneinander standen (32) (33). Die Unterteilung der geschriebenen Verfassung in zwei sachlich geschiedene Hauptteile, von denen der erste die Staatsorganisation, der zweite das Verhältnis des Bürgers zum Staat regelte, schien seine Ansicht zu stützen: so sah er das Prinzip der "politischen Form" das Demokratische, im ersten, das bürgerlich-rechtsstaatliche Prinzip im zweiten Hauptteil verwirklicht. Konsequenter behandelte er die beiden Verfassungsteile grundsätzlich völlig gesondert und zog bei dem Ver-

32) Verfassungslehre, S. 125/26 und S. 200 ff, insbes. S. 201/02; besonders scharf in Legalität und Legitimität, München-Leipzig 1932, passim, insbes. S. 98. - Die im Text gestellte Frage wird von C. Schmitt dann zwar in seinem Beitrag im Handbuch des Deutschen Staatsrechts, II. Bd., Grundrechte, S. 191 ff, ausführlich erörtert (hier zeigt er drei grundsätzliche Möglichkeiten des Verhältnisses von "Grundrechtsteil" und "organisatorischem Teil" der Verfassung auf, nämlich der (prinzipiellen) Überordnung des Grundrechtsteils, der Überordnung des organisatorischen Teils oder der Gleichordnung beider in der Weise, daß bestimmte Rechte neben dem Staate stehen; in keinem Fall also wird eine wirkliche Verbindung zwischen beiden versucht); es bleibt jedoch bei einer sehr abstrakten, "distanzierten" Analyse technischer Möglichkeiten; eine eindeutige und insbesondere verpflichtende Antwort wird nicht gegeben. - Gerade hier zeigt sich besonders kraß die Abneigung C. Schmitts gegen eine Verfassung, die (noch) zu sehr auf dem "bloß Normativen" aufbaut und dadurch dem "Politischen", "Dynamischen" zu wenig Möglichkeit zu kraftvoller Entfaltung gibt (so insbes. in Verfassungslehre, Vorwort, S. XII). - S. auch oben Anm. 17.

33) Kritisch hierzu vor allem E. Kaufmann, der die "Eindimensionalität des Denkens" der neukantischen Rechtsphilosophie verurteilt (Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, S. 221 ff) (s. hierzu A. Hollerbach, Auflösung der rechtsstaatlichen Verfassung?, S. 268, der die Linie Max Weber - C. Schmitt - E. Forsthoff aufzeigt; s. auch H. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung, S. 35 ff); ähnlich auch schon Fr. Klein, Institutionelle Garantien, S. 9. (S. aber andererseits auch Fr. Klein, Institutionelle Garantien, S. 123 ff, insbes. auch Anm. 7 auf S. 123, mit Hinweis auf C. Schmitt).

such, den Inhalt des zweiten Hauptteils systematisch zu erfassen, lediglich das bürgerlich-rechtsstaatliche, nicht auch das demokratische Prinzip als Maßstab heran (34).

Ausgehend davon, daß dem bürgerlichen Rechtsstaat das "fundamentale Verteilungsprinzip" zugrunde liege, wonach die Freiheitssphäre des Individuums grundsätzlich unbegrenzt ist, die Befugnisse des Staates dagegen prinzipiell begrenzt sind (35), daß folglich der gesamte zweite Hauptteil (36) in seinem Inhalt durch dieses "Verteilungsprinzip" bestimmt werde, kam er zu folgenden Feststellungen: Soweit die geschriebene Verfassung neben den überlieferten individuellen Freiheitsrechten, den sog. "Grundrechten" im eigentlichen Sinne, Einrichtungen öffentlichrechtlicher Natur gewährleisten will, muß sie deren völlig entgegengesetzte Struktur beachten; während nämlich individuelle Freiheitsrechte, da sie bereits vor dem Staat natürlich vorhanden, diesem "vorgegeben" sind, also nicht erst mit einem bestimmten Inhalt geschaffen werden müssen, abstrakt garantiert werden können, existieren Einrichtungen öffentlichrechtlicher Natur, die also der Sphäre des Staates zuzurechnen sind, erst auf Grund und nur nach Maßgabe entsprechender Vorschriften (37). Daraus folgt, daß die geschriebene Verfassung öffentlichrechtliche Einrichtungen ("Institutionen") nur insoweit garantieren kann, als sie entweder selbst diese im einzelnen regelt oder aber sich auf solche bereits außerhalb ihrer selbst konkret vorhandene bezieht, die dann allerdings grundsätzlich der Disposition des einfachen Gesetz-

-
- 34) Verfassungslehre, insbes. S. 40/41, S. 125 ff und S. 200 ff; s. auch S. 23/24. - Speziell zu den "institutionellen Garantien" s. Freiheitsrechte, S. 171: "Es entspricht dem Geist einer liberalen rechtsstaatlichen Verfassung, institutionelle Garantien nur als Konnex- und Komplementärgarantien zu einer allgemeinen Freiheit gelten zu lassen". (S. auch Grundrechte, S. 226 ff).
- 35) z.B. Verfassungslehre, S. 125/26, S. 158/59, S. 163 ff; Grundrechte, insbes. S. 208/09.
- 36) Genauer: alles, was sachlich in den zweiten Verfassungsteil gehört; C. Schmitt unterscheidet hier also nicht nach dem formalen Standort (s. Grundrechte, S. 184: "In der deutschen Staatsrechtslehre ist durchwegs anerkannt, daß es Grundrechte auch außerhalb des zweiten Hauptteils der RV gibt, ebenso wie umgekehrt manche im zweiten Hauptteil enthaltenen Bestimmungen keinerlei Grundrechte gewähren"; ähnlich S. 189).
- 37) S. o. Anm. 12.

gebers unterliegen. Indem sie nun weitgehend darauf verzichtet, die von ihr garantierten Institutionen selbst konkret festzulegen - in diesem Falle bestünde an der Reichweite des Verfassungsschutzes kein Zweifel, da die betreffenden Institutionen gemäß Art. 76 RV bereits als Inhalt eben der geschriebenen Verfassung vor dem einfachen Gesetzgeber gesichert wären (38) -, überläßt sie deren Regelung insoweit dem einfachen Gesetzgeber, so daß die Wirksamkeit ihres Schutzes zugunsten der betreffenden Institutionen eben diesem gegenüber fragwürdig erscheint. Tatsächlich sind jedoch auch diese, von der geschriebenen Verfassung lediglich als solche genannten "Institutionen" ausreichend gesichert, da es entscheidend auf den erkennbaren Garantiewillen der Verfassung ankommt: Ebensowenig, wie der einfache Gesetzgeber - wegen Art. 76 RV - die Verfassungsgarantie aufheben könnte, ist er in der Lage, das Objekt der Garantie, die einzelne Institution, zu beseitigen; die Verfassung stellt die einzelne Institution somit keineswegs zur freien Disposition des einfachen Gesetzgebers, sondern erlaubt diesem nur solche Änderungen, die ihrer Garantie Rechnung tragen, die also die betreffende Institution in ihrem wesentlichen Bestand unangetastet lassen (39). - Das "fundamentale Verteilungsprinzip" hat aber noch weitere Konsequenzen für die in Frage stehenden Gewährleistungen öffentlichrechtlicher Einrichtungen: Da der zweite Verfassungshauptteil insgesamt auf diesem aufbaut, müssen alle seine Gewährleistungen der Freiheit der einzelnen zugute kommen; folglich können in ihm öffentlichrechtliche Einrichtungen - gleich welchen Inhalts -, da sie der Sphäre des Staates zuzurechnen sind, die gerade zugunsten der individuellen Freiheitsrechte beschränkt ist, niemals um ihrer selbst, sondern letztlich nur um der Freiheit der einzelnen willen garantiert sein. Der Schutz der Verfassung gilt im Ergebnis also nicht den Institutionen oder den durch sie unmittelbar begünstigten Personen, sondern - "konnex oder komplementär" - der durch sie begünstigten und geförderten Freiheit aller einzelnen (40).

38) S. o. Anm. 13.

39) So im Ergebnis in Verfassungslehre, S. 171 (Gesetze sind reichsverfassungswidrig, die die betreffende Institution "vernichten oder ihres wesentlichen Bestandes berauben"); Freiheitsrechte, S. 143 ff; Grundrechte, S. 213 ff.

40) S. das oben in Anm. 34 wiedergegebene Zitat (Freiheitsrechte, S. 171). - Das entscheidende Argument C. Schmitts zur Begründung dieser Auffassung ist - typischerweise, da es eine eigene Stellungnahme entbehrllich macht - ein primär logisches: Da die liberal-rechtsstaatliche Verfassung auf der gleichen Freiheit

Die Gedanken Carl Schmitts zur "institutionellen Garantie" können also etwa dahin zusammengefaßt werden, daß die Weimarer RV in ihrem zweiten Hauptteil neben individuellen Freiheitsrechten - und zwar "konnex oder komplementär" zu diesen - öffentlichrechtliche Einrichtungen gewährleistet, die zwar nur außerhalb der geschriebenen Verfassung konkret existieren und für deren Regelung daher grundsätzlich der einfache Gesetzgeber zuständig ist, deren Einbeziehung in den Schutz der Verfassung jedoch bewirkt, daß sie in ihrem wesentlichen Bestand dessen Disposition entzogen sind.

Dieses Ergebnis leidet jedoch unter einem erheblichen Mangel: Es läßt nämlich sämtliche Fragen bezüglich des Inhalts und Zweckes der in Betracht kommenden "Institutionen" offen, insbesondere die, welche Voraussetzungen (vor allem im Hinblick auf die grundlegenden Verfassungsprinzipien) erfüllt sein müssen, damit überhaupt eine verfassungsgewährleistungsfähige "Institution" im Sinne einer "institutionellen Garantie" angenommen werden kann (40a), sowie die, auf welchem

aller Individuen aufbaut, sind Verfassungsgarantien, die eine bestimmte Personengruppe (etwa die Angehörigen eines Berufsstandes) privilegieren, logisch ausgeschlossen; folglich bedarf eine Verfassungsgarantie, die unmittelbar nur eine bestimmte Gruppe begünstigt, der tieferen Rechtfertigung in der Weise, daß sie letztlich gleichermaßen der Freiheit aller zugute kommen muß. Die Garantie existiert dann also allein um dieses Endzweckes willen; daher sind subjektive Rechte der durch eine "institutionelle Garantie" unmittelbar Betroffenen notwendig diesem Endzweck untergeordnet, nur in seinem Rahmen möglich (s. z.B. Freiheitsrechte, S. 159/60; Grundrechte, S. 211).

- 40a) Soweit C. Schmitt auf die von ihm als solche angesehenen "Institutionen" näher eingeht, versucht er nicht etwa, diese konkret (insbesondere im Hinblick auf ihren Inhalt) zu definieren, sondern er beschränkt sich darauf, sie rein formal zu beschreiben (und zwar in erster Linie zu dem Zweck, sie unter Hinweis auf ihre logisch entgegengesetzte Struktur - z.B. Verfassungslehre, S. 170/71 - von den "echten" Grundrechten abzuheben; s. auch oben Anm. 12.). Dies gilt für seine sämtlichen in diesem Zusammenhang gebrauchten Formulierungen, so bereits in der "Verfassungslehre", S. 171: Die Institution ist "als solche immer etwas Umschriebenes und Umgrenztes, bestimmten Aufgaben und bestimmten Zwecken Dienendes"; dann in "Freiheitsrechten", S. 149 und 155: Eine Institution ist eine "formierte und organisierte und daher umgrenzbare und unterscheidbare Einrich-

Wege und anhand welcher Maßstäbe die (für den einfachen Gesetzgeber unantastbaren) wesentlichen Merkmale der verschiedenen Institutionen ermittelt werden.

Erstaunlicherweise ist Carl Schmitt diesen Fragen im Rahmen seiner (wiederholten!) Erörterungen der "institutionellen Garantie" nie (41) nachgegangen, obwohl sie sich doch geradezu aufdrängen; erst aus dem, was er in einem anderen Zusammenhang zum "Institutionellen" überhaupt ausführt (42), wird z. T. verständlich, warum er es unterließ,

tung öffentlich-rechtlichen Charakters", "etwas Gegenwärtiges, formiert und organisiert Bestehendes und Vorhandenes"; schließlich in "Grundrechten", S. 215: Die Institutionen sind "bestehende Einrichtungen, und zwar Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die einen Teil der öffentlichen Verwaltung öffentlicher Angelegenheiten ausmachen".

- 41) Der mit der Anerkennung der nur "konnexen oder komplementären" Funktion der "institutionellen Garantien" (nämlich zu den individuellen Freiheitsrechten) gegebene Ansatzpunkt einer solchen Untersuchung bezüglich des möglichen Inhalts wurde nicht genutzt; darüber s. u. im Text.

- 42) Nämlich in seiner im Jahre 1934 erschienenen Schrift "Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens", insbes. S. 13, S. 40 ff, S. 57/58, S. 63, S. 65 ff. Hier weist er auf S. 57 (in der Anm.) ausdrücklich auf den "ohne weiteres gegebenen Bezug auf meine Lehre von den verfassungsgesetzlichen "institutionellen Garantien"" hin: das ursprüngliche "institutionelle Denken" hat sich nicht geändert (s. Politische Theologie, 2. Aufl., München und Leipzig 1934, in der Vorbemerkung, S. 8), sondern wird lediglich aus Gründen der Klarheit umbenannt in "konkretes Ordnungsdenken"; d.h. aber, daß C. Schmitt schon in seiner "Verfassungslehre", in den "Freiheitsrechten" und in den "Grundrechten" unter "Institution" das verstand, was er dann später als "konkrete Ordnung" bezeichnete. - Diese Tatsache wurde zunächst vor allem dadurch verdeckt, daß C. Schmitt zur Umschreibung der von ihm als solche angesehenen "Institutionen" (gleich "konkrete Ordnungen") Begriffe verwandte, die auf einen gegenteiligen Standpunkt schließen ließen: Während sich nämlich die "konkrete Ordnung" durch ihr natürliches Gewachsenensein, durch ihre "lebendige Ordnung" (S. 41; S. 57: u. a. "Organismus"), auszeichnet, versteht man unter "Organisation" und "Formation" typischerweise etwas Abstraktes, rein

hier weiter zu forschen: Für ihn stellt eine "Institution" einen gewachsenen, in sich gefestigten und abgeschlossenen Ordnungszusammenhang aus eigenem Recht und mit eigener Gesetzlichkeit dar, der sich folglich jeder von außen an ihn herangetragenen Gesetzlichkeit entzieht, dessen Inhalt und "wesentliche Merkmale" also auch nur aus ihm selbst bestimmt werden können (43). Hiernach ist dann jede einzelne "Institution" auch unteilbar und kann daher nur als Ganzes, nicht jedoch in ihren - notwendig unselbständigen - Bestandteilen erfaßt und bewertet werden. Das bedeutet, daß die Verfassung, wenn sie eine derartige "Institution" gewährleisten will, diese als solche, d.h. als die gegebene "konkrete Ordnung" mit der ihr typischen Eigengesetzlichkeit, hinnehmen muß, daß sie also mit der betreffenden Institution notwendig auch alle deren Bestandteile garantiert. So gesehen sind die verschiedenen Institutionen - und erst recht ihre Bestandteile - untereinander unvergleichbar; daher muß das Bemühen, Maßstäbe zu finden, die für alle gleichermaßen gelten, von vornherein scheitern (44).

Instrumentales, eine (wenn auch zur Erfassung und Regelung von Lebenssachverhalten bestimmte) leblose Apparatur. - Dieser Widerspruch von Form ("Organisation" und "Formation") und Inhalt (lebendige "konkrete Ordnung") führte denn auch dazu, daß C. Schmitt in diesem Punkt mißverstanden wurde, so u. a. von Fr. Klein, der die Begriffe "organisiert" und "formiert" von C. Schmitt übernahm, um mit ihnen die "Institutionen" im Sinne von "abstrakten Gedankengebilden" (Institutionelle Garantien, S. 141 - 146, insbes. S. 142) zu bezeichnen. Einzelheiten hierzu unten im Text.

- 43) "Über die drei Arten ...", insbes. S. 13, S. 40 ff, S. 57/58.
- 44) Auf die Problematik, daß alle diese (Teil-) "Ordnungen" letztlich notwendig in eine übergeordnete, oberste, umfassende "Ordnung" einmünden müssen, wenn im Ergebnis "Ordnung" herrschen soll, sowie auf die hieraus sich ergebende weitere Frage, welches diese oberste "Ordnung" nach Auffassung C. Schmitts wäre, kann hier nicht eingegangen werden. - Über den Ursprung und die Entwicklung solcher "Institutionen" - im Sinne von höchsten "Ordnungen", die (insoweit nur irrational, metaphysisch, begreifbar) unabhängig vom Willen der betroffenen Personen, gleichsam "vorgegeben", existieren und denen der Einzelmensch unabänderlich unterworfen ist - sowie über ihre verschiedenen "Anwendungsbereiche" s. E. Wolf in E. Wolf - G. Lüke - H. Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, Tübingen 1959, S. 242 - 270 ("Kritik der eherechtlichen Institutionslehre");

Bei einem solchen Verständnis der "Institution" erübrigen sich nun zwar die oben aufgeworfenen Einzelfragen: Wenn jede "Institution" ihren eigenen Gesetzen folgt, ihr "Wesen" sich also aus ihr selbst, und zwar allein aus ihr selbst, ergibt, bereitet die Feststellung ihrer wesentlichen und somit für den einfachen Gesetzgeber unantastbaren Bestandteile keine grundsätzlichen Schwierigkeiten; insbesondere besteht hier kein Anlaß, nach weiteren, außerhalb der Institution liegenden Maßstäben, etwa innerhalb der geschriebenen Verfassung, zu forschen, weil solche voraussetzungsgemäß nicht vorhanden sind. Konsequenterweise beschränkt sich Carl Schmitt darauf, die verschiedenen Institutionen jeweils isoliert auf ihre wesentlichen Merkmale, eben ihre "konkrete Ordnung" hin, zu untersuchen, ohne nach strukturellen oder inhaltlichen Gemeinsamkeiten unter ihnen zu forschen oder überhaupt irgendwelche allgemeinen Schlußfolgerungen aus diesen Einzelergebnissen zu ziehen (45). - Ebenso besteht kein Zweifel, daß die geschriebene Verfassung, wenn sie eine bestimmte Institution garantiert, mit der betreffenden "konkreten Ordnung" auch alle deren charakteristischen Merkmale in den Verfassungsschutz mit einbezieht, gleichgültig, welchen Inhalt diese im einzelnen haben; die Frage nach dem - im Hinblick auf die ge-

E. Wolf weist mit Recht insbesondere auf die Gefahren hin, die sich bei einem derartigen Verständnis der "Institution" für die freie, eigenverantwortliche Lebensgestaltung des Einzelmenschen ergeben; denn in dem gleichen Maße, in dem einzelne Lebensbereiche durch "Institutionen" "vorgeregelt" sind, ist die Entschlußfreiheit der einzelnen Person ausgeschlossen. Ein solches Verständnis der "Institutionen" muß aber jede - geistliche oder weltliche - Macht dazu verführen, sich der Herrschaft über die "Institutionen" und damit gleichzeitig der Verfügungsgewalt über die betroffenen Einzelmenschen zu bemächtigen. Es steht dann im Belieben der hinter den Institutionen stehenden Macht, bestimmte Ziele zu setzen und diese mit Hilfe der durch die Institutionen vermittelten Verfügungsgewalt über die Einzelmenschen grundsätzlich uneingeschränkt zu verfolgen. - Über die Überbewertung der objektiven "Ordnung" bei gleichzeitiger Verkenntung der "personhaften Seins- und Wertüberlegenheit des Einzelmenschen" durch die Institutionenlehre s. auch G. Gundlach, Stichwort "Institution" im "Staatslexikon", 6. Aufl., 4. Bd., Freiburg 1959, Spalte 324 ff, 327.

45) Verfassungslehre, S. 171; Freiheitsrechte, S. 143 ff und S. 149 ff; Grundrechte, S. 213 ff.

schriebene Verfassung, insbesondere auf die ihr insgesamt zugrundeliegenden obersten Prinzipien - möglichen oder notwendigen Inhalt einer Institution kann sich daher nur für diese insgesamt, nicht also bezüglich ihrer einzelnen Bestandteile stellen (46).

Dagegen muß auch bei dieser Auffassung - abgesehen davon, daß sie notwendig eine vorherige Klärung auch darüber voraussetzt, welche grundsätzlichen Bedingungen eine öffentlichrechtliche Einrichtung erfüllen muß, um überhaupt als "Institution" im Sinne einer solchen "konkreten Ordnung" anerkannt werden zu können - zunächst die grundlegende Frage beantwortet werden, welche Konsequenzen sich für die Problematik der "institutionellen Garantien" daraus ergeben, daß - wie Carl Schmitt selbst feststellte! (47) - sämtliche Bestimmungen der geschriebenen Verfassung und somit auch die Gewährleistungen öffentlichrechtlicher Einrichtungen sachlich der "Verfassung" im eigentlichen Sinne, also den grundlegenden Verfassungsprinzipien, untergeordnet sind, diesen "konnex oder komplementär" (48) dienen müssen: Kann also die Verfassung von vornherein nur solche Institutionen (oder sogar nur diejenigen Bestandteile von Institutionen - solange sie nur in ihrer Gesamtheit jeweils wieder eine eigene "Institution" bilden) garantieren, die ihren Zielen (zumindest "konnex oder komplementär") zu dienen geeignet sind - oder steht es ihr frei, jede beliebige Institution ohne Rücksicht auf ihren Inhalt zu gewährleisten? Erst auf der Grundlage einer Lösung dieser Frage können Einzelprobleme wie die Feststellung der wesentlichen Merkmale oder die Bewertung von nur einzelnen Bestandteilen einer von der Verfassung garantierten Institution sinnvoll behandelt werden.

-
- 46) Folglich wird die "Verfassungsmäßigkeit" einzelner Bestandteile der von der Verfassung garantierten überlieferten "Institutionen" von C. Schmitt nie in Zweifel gezogen; s. die in Anm. 45 angegebenen Fundstellen.
- 47) Verfassungslehre, S. 20 ff, insbes. S. 24: Die "Verfassung" im eigentlichen Sinne bildet "die grundlegende Voraussetzung für alle weiteren Normierungen, auch diejenigen der Verfassungsgeetze. Alles, was es innerhalb des Deutschen Reiches an Gesetzlichkeit und Normativität gibt, gilt nur auf der Grundlage und nur im Rahmen dieser Entscheidungen" (der "Verfassung").
- 48) Speziell zu den "institutionellen Garantien" s. Freiheitsrechte, S. 171: "Es entspricht dem Geist einer liberalen rechtsstaatlichen Verfassung, institutionelle Garantien nur als Konnex- und Komplementärgarantien zu einer allgemeinen Freiheit gelten zu lassen". (S. auch Grundrechte, S. 226 ff).

Carl Schmitt hat diese Frage zwar dem Grunde nach angeschnitten, aber keineswegs beantwortet, wenn er erklärt, die Verfassung gewähre in ihrem zweiten Hauptteil die verschiedenen öffentlichrechtlichen (und somit der prinzipiell begrenzten Sphäre des Staates zuzurechnenden) Einrichtungen wegen des dem gesamten zweiten Verfassungshauptteil zugrundeliegenden "fundamentalen Verteilungsprinzips" nicht um ihrer selbst willen, sondern nur "konnex oder komplementär" zu den individuellen Freiheitsrechten (49); denn damit ist zwar festgestellt, daß öffentlichrechtliche Einrichtungen grundsätzlich (und zwar logisch-konsequent) nur "konnex oder komplementär" zu dem betreffenden grundlegenden Verfassungsprinzip, hier den Einzelfreiheitsrechten, gewährleistet sein können, jedoch ist diese Feststellung im Hinblick auf die Sache wertlos und sogar unehrlich (50), wenn aus ihr nicht die notwendigen Konsequenzen gezogen werden, daß nämlich die Verfassung öffentlichrechtliche Institutionen nur insoweit garantiert, als diese auf Grund der ihnen eigentümlichen Wirkungsweise tatsächlich geeignet sind, "konnex oder komplementär" den grundlegenden Verfassungsprinzipien, hier der Freiheit der einzelnen, zu dienen. Indem Carl Schmitt diese Frage unerörtert läßt, vielmehr als offenbar selbstverständlich voraussetzt, daß in den Fällen, in denen er eine "institutionelle Garantie" annimmt, "Institutionen" vorliegen, die hinsichtlich ihres Inhalts den Verfassungsprinzipien zu dienen geeignet und folglich einer Verfassungsgewährleistung zugänglich sind, bleibt er mit seiner Lehre von den "institutionellen Verfassungsgarantien" auf halbem Wege stehen. Gleichzeitig fällt er, der in seinem Ausgangspunkt den Positivismus scharf bekämpft hatte (51), hiermit selbst wieder in diesen zurück; denn letztlich stellt er bei dieser Argumentation doch wieder allein darauf ab, daß eine "Institution" - und mit dieser dann auch alle ihre wesentlichen Bestandteile - positiv in den Text der geschriebenen Verfassung aufgenommen worden ist, fragt also nicht danach, ob und inwieweit sie im Hinblick auf ihre nur "konnexe oder komplementäre" Funktion zu den grundlegenden Verfassungsprinzipien sachlich überhaupt hineinpaßt.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß das Bemühen Carl

49) S. insbes. das in Anm. 48 wiedergegebene Zitat.

50) Darüberhinaus nicht einleuchtend, wie die Tatsache zeigt, daß sie von den meisten Autoren, u. a. Fr. Klein (s. u. im Text), abgelehnt wird.

51) Z.B. Freiheitsrechte, S. 140 ff, insbes. S. 142/43; Grundrechte, S. 181 ff.

Schmitts, Art und Reichweite der - von ihm als "institutionelle Garantien" bezeichneten - Verfassungsgewährleistungen des zweiten Hauptteils der Weimarer RV zugunsten nur außerhalb der geschriebenen Verfassung konkret vorhandener öffentlichrechtlicher Einrichtungen zu klären und diese von den sonstigen Festlegungen und Normierungen zu unterscheiden, zwar zu bedeutsamen Erkenntnissen führte, daß er jedoch weitgehend - wohl vor allem durch seine besondere Auffassung vom "Institutionellen" bedingt - im Ansatz stecken blieb. Bezeichnend hierfür ist, daß er niemals auch nur einen Versuch machte, die von der Verfassung geschützten "Institutionen" inhaltlich zu definieren, sondern daß er sich auf rein formale und dazu kaum faßbare Beschreibungen beschränkte (52). Seine Forschungen zur Frage der "institutionellen Verfassungsgarantien" haben daher allenfalls eine Vorklärung, nicht aber ein fertiges, brauchbares Ergebnis gebracht.

- 3) Bevor versucht wird, aufbauend auf den richtigen Erkenntnissen Carl Schmitts eine eigene Lösung der Problematik der "institutionellen Garantien" zu geben - insbesondere der Gesichtspunkt der "Konnex- und Komplementärgarantien" bietet hier einen guten Ansatzpunkt für ein allein sachlich orientiertes Resultat -, soll kurz die Weiterentwicklung seiner Lehre verfolgt werden. Hier sind insbesondere die Forschungen Friedrich Kleins (53) in seiner umfangreichen Arbeit speziell über die

52) s. o. Anm. 40a; inwieweit dies bewußt geschah, um seine eigentliche, die liberale Verfassung ablehnende Auffassung nicht offenbaren zu müssen, kann hier nicht entschieden werden; s. jedoch oben Anm. 42.

53) Die Abhandlung E.R. Hubers, Bedeutungswandel der Grundrechte (oben zit. "Bedeutungswandel"), A.ö.R. 62 (1933), S. 1 ff, der sich u. a. auch grundlegend mit den Gewährleistungen der Weimarer RV zugunsten von "Instituten" des bürgerlichen Rechts (s. o. Anm. 10) einerseits (S. 37 ff) sowie von "Institutionen", u. zwar unterschieden zwischen Organisationsprinzipien (S. 51 ff) und Korporationen (S. 62 ff), andererseits befaßt, wird hier nicht im einzelnen erörtert: soweit er auf C. Schmitt aufbaut und dessen Gedanken weiterführt und klar formuliert, wurde dies bereits oben angemerkt; soweit er (S. 37!) grundsätzlich zwischen den "Rechtsinstituten" (i.S.v. "abstrakter Form") und den "Institutionen" (i.S.v. "konkreten, historisch bestimmten Organisationstypen und Korporationen") unterscheidet und folglich zu einer Sondermeinung bezüglich der "Institutionen" gelangt, sei auf die unten im Text gegen Chr. Sasse erhobenen Einwände verwiesen.

"institutionellen Garantien" (54) zu nennen, die allerdings Carl Schmitt nur verhältnismäßig geringfügig korrigierten und ergänzten und die - insgesamt gesehen - eher einen Rückschritt als einen Fortschritt seiner Lehre bedeuteten. Dies erklärt sich insbesondere daraus, daß Klein noch weitgehend in einer positivistischen Anschauung befangen war und daher Carl Schmitt, dessen Verfassungsinterpretation - zumindest im Ansatz - sachlich-inhaltlich orientiert war, in wesentlichen Punkten nicht zu folgen vermochte (55) oder ihn auch teilweise mißverstand (56) (57).

-
- 54) Der vollständige Titel lautet: "Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien" (zit. "Institutionelle Garantien").
- 55) Dies zeigte sich insbesondere in der völligen Ablehnung der Differenzierung C. Schmitts innerhalb der geschriebenen Verfassung (nämlich zwischen der "Verfassung" im eigentlichen Sinne und den "Verfassungsgesetzen"), S. 150 ff und S. 248 ff (S. 254!), insbesondere S. 155: "Solange Schmitt für diese Sonderung keine eindeutigen und einwandfreien Kriterien aufstellt, ist auch jene wertlos. Ich kann sie nicht anerkennen; sie findet im positiven Recht keine Stütze". - Allerdings soll damit nicht gesagt werden, daß man C. Schmitt in allen Einzelheiten folgen kann (s. z.B. oben Anm. 21); grundsätzlich war seine Unterscheidung jedoch richtig, wie auch ihre Positivierung durch Art. 79 III GG zeigt (s. hierzu Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 22 ff, insbes. Rdn. 24, zu Art. 79, die von einer "Rezeption" der Theorie C. Schmitts sprechen).
- 56) 57) Letzteres führte beispielsweise dazu, daß F. Klein bestimmte Formulierungen Carl Schmitts, in denen dieser die von der Verfassung garantierten "Institutionen" - rein formal, ohne Bezug auf ihren möglichen oder notwendigen Inhalt (s. o. Anm. 41 und 42) - lediglich beschrieb, um sie dadurch von den ebenfalls im zweiten Verfassungshauptteil gewährleisteten, infolge des "fundamentalen Verteilungsprinzips" jedoch genau entgegengesetzt strukturierten individuellen Freiheitsrechten abzuheben, fälschlich als Definition auffaßte und sie seiner eigenen Definition der "institutionellen Garantie" zugrunde legte. - Dieses Mißverständnis Fr. Kleins muß umso mehr überraschen, als er wenig früher selbst bemängelte, daß das Ergebnis C. Schmitts "offenbar weniger apriorisch, deduktiv, rational, durch Vernunftserkenntnis erschlossen, als vielmehr aposteriorisch, induktiv, empirisch, durch Erfahrungserkenntnis ermittelt" sei und daß darüberhinaus "auch eine Erläuterung des (ihm) immanenten oder doch eine nähere Angabe des (ihm) zugeordneten Sinnes" fehle (Institutionelle

Bevor die Untersuchungen Kleins im einzelnen erörtert werden, muß auf seinen entscheidenden Fehler hingewiesen werden: indem er nämlich behauptet, die "institutionellen Garantien" nähmen "gegenüber vielen durch den sog. "Gesetzesvorbehalt" in ihrem Rechtswertgehalt beeinträchtigten Grundrechten ... deswegen eine Sonder- und Vorzugsstellung ein, weil für sie gerade kein Vorbehalt des Gesetzes gilt und gelten kann" (58), verkennt er die grundlegende, von Carl Schmitt richtig aufgezeigte und oben eingehend dargelegte Problematik der "institutionellen Verfassungsgarantie", die ja gerade darin liegt, daß der Schutz der Verfassung gegenüber dem einfachen Gesetzgeber fragwürdig erscheint angesichts der Tatsache, daß die gewährleistete "Institution" nur außerhalb der Verfassung konkret existiert und somit für ihre Regelung der einfache Gesetzgeber zuständig bleibt (dieser Sachverhalt ist völlig eindeutig bei dem Musterbeispiel einer "institutionellen Garantie" der Weimarer RV, nämlich Art. 127, der die gemeindliche Selbstverwaltung "innerhalb der Schranken der Gesetze" gewährleistet, also ausdrücklich die Regelungsbefugnis des (einfachen) Gesetzgebers voraussetzt!). Eben an den unter einem Gesetzesvorbehalt stehenden (echten) Grundrechten der Verfassung machte Carl Schmitt (59) klar, daß die Verfassung als - durch ihren für die Gemeinschaftsordnung grundlegenden Inhalt bedingt - typisch höherrangige Regelung den einfachen Gesetzgeber niemals ermächtigt, ihren Inhalt wesentlich zu ändern, sondern ihm lediglich eine Ausfüllung, Konkretisierung oder allenfalls geringfügige Einschränkung oder Modifizierung, die dann aber den Kern der betreffenden Festlegung unangetastet läßt, erlaubt; bei den "institutionellen Garantien" liegt die Problematik also nicht anders, sondern genau parallel (60). Dagegen erübrigen sich alle Zwei-

Garantien, S. 145); unmittelbar im Anschluß daran stellt er dann fest, das Ergebnis C. Schmitts sei "recht brauchbar und auch genügend scharf ... Jedenfalls ermöglicht und erlaubt die erforderliche generelle Formulierung nicht die Herausstellung subtilerer Kriterien" (a. a. O., S. 146) - obwohl sich grundsätzlich doch gar nichts geändert hatte, das neuere Ergebnis nicht weniger unvollständig als das frühere war!

- 58) Institutionelle Garantien, S. 131.
- 59) Gegenüber der bis dahin herrschenden Ansicht, die unter einem Gesetzesvorbehalt stehenden Grundrechte seien "leerlaufend"; so insbesondere in "Grundrechte", S. 199 ff. Ebenso u. a. E. R. Huber, Bedeutungswandel, S. 15/16 und S. 34 ff.
- 60) So besonders klar E. R. Huber, Bedeutungswandel, einerseits

fel an der Wirksamkeit des Verfassungsschutzes gegenüber dem einfachen Gesetzgeber, wenn man - wie Klein dies offenbar tut (61) - davon ausgeht, daß die Verfassung mit ihrer Garantie die gesamte Institution in ihren Inhalt mit einbezieht; denn in diesem Falle wäre die Institution als Inhalt der geschriebenen Verfassung gemäß Art. 76 RV von vornherein dem Zugriff des einfachen Gesetzgebers völlig entzogen, dieser könnte also - anders als im Falle eines Gesetzesvorbehaltes - keinerlei Einfluß auf deren Inhalt nehmen. Daher hätte hier auch die Frage, wie weit die Verfassung die einzelne Institution konkret gewährleistet, ob sie diese nämlich mit sämtlichen Einzelheiten - einschließlich alles Nebensächlichen, Augenblicksbedingten und mehr oder weniger Zufälligen -, so wie sie im Zeitpunkt der Verfassungsgebung vorhanden war, oder aber nur in ihren wesentlichen Bestandteilen vor einer Änderung durch den einfachen Gesetzgeber schützt, mangels jeglicher Zuständigkeit desselben eine ganz andere Bedeutung als bei Carl Schmitt, der - mit Hilfe dieser Unterscheidung - die von der Verfassung dem Gesetzgeber eingeräumte Kompetenz begrenzen mußte (62). - Diese Konsequenzen, die jedoch Klein selbst offenbar nicht klar waren, wie die Tatsache zeigt, daß er sich in diesen Punkten in Übereinstimmung mit Carl Schmitt glaubte, gilt es im folgenden zu beachten, wenn Einzelheiten seiner Untersuchungen erörtert werden.

Zum gleichen Ergebnis wie Carl Schmitt - wenn auch, wie oben bereits angedeutet, auf einem anderen, einfachen Weg, von einem unzutreffenden Ausgangspunkt aus - kommt Klein bezüglich der Wirkung der Verfassungsgarantie: sie richtet sich nicht nur gegen die Exekutive, sondern gerade auch gegen den einfachen Gesetzgeber, indem sie diesen - auf Grund der erschwerten Abänderbarkeit des Verfassungsinhalts gemäß Art. 76 RV - daran hindert, die betreffende Institution zu

S. 15/16 und S. 34 ff, andererseits S. 37/38, besonders S. 38: "Die Garantie eines solchen Rechtsinstituts, die "nach Maßgabe des Gesetzes" ausgesprochen wird, bedeutet insofern auch eine Schranke für den Gesetzgeber, als er das Institut zwar inhaltlich ändern und äußerlich beschränken, aber nicht vernichten und nicht in seinen "typischen, traditionell feststehenden" Grundzügen aufheben darf. Das Wesen des Instituts ist unverletzlich".

61) Indem er nämlich das Vorliegen eines Gesetzesvorbehalts leugnet, S. 131.

62) Einzelheiten s. u. im Text und Anm. 67.

ändern (63); sie legt die einzelne Institution jedoch "nicht etwa in allen Einzelheiten ihres Inhalts, nicht etwa starr und unveränderlich in dem Ausmaß und Umfang, in dem Grad und Stadium ihrer Ausgestaltung und Entwicklung ..., den sie im Zeitpunkt der institutionellen Verankerung, also bei Erlaß der RV, hatte" (64), fest, sondern sie schützt nur gegen jene Akte und insoweit, "als sie das Wesen der reichsverfassungsgesetzlich geschützten und gewährleisteten Institution, die Gesamtheit ihrer integrierenden Wesensmerkmale, ihr unantastbares Minimum, ..., ihre Identität berühren" (65), - sie verhindert also lediglich "substanzielle Eingriffe", die eine "Beseitigung, Vernichtung, Aushöhlung, Denaturierung" bedeuteten, nicht dagegen "funktionale Eingriffe", d.h. "artlich-qualitativ oder umfänglich-quantitativ schwächere und geringfügigere Alterierungen und Modifikationen" (66). - Obwohl jedoch vom Standpunkt Kleins aus (wonach für die "Institutionellen Garantien" ein Gesetzesvorbehalt und somit jegliche Zuständigkeit des einfachen Gesetzgebers ausgeschlossen ist - mit der Folge, daß Art. 76 RV voll zum Zuge kommt) eine solche Einschränkung des Verfassungsschutzes (eben auf das Wesentliche) gar nicht selbstverständlich ist, fehlt für sie jegliche Begründung (67).

Eine wertvolle Ergänzung der Lehre von den

- 63) Institutionelle Garantien, S. 129 ff, S. 134, S. 165.
- 64) a. a. O. S. 134.
- 65) a. a. O. S. 135/36.
- 66) a. a. O. S. 136/37.
- 67) In keinem Falle sind die von Klein in diesem Zusammenhang gemachten Ausführungen geeignet, sein Ergebnis zu begründen; vielmehr schafft er eher weitere Verwirrung, wenn er schreibt: "Eine derartige Auffassung (die einzelne "Institution" sei in allen Einzelheiten gewährleistet) würde dem Wesen des Rechtsatzes widersprechen, der eine Erscheinung der geschichtlichen Welt ist. Sie würde der Tatsache nicht gerecht, daß jede Rechtsnorm der geschichtlichen Entwicklung unterworfen, daß alles Recht Situationsrecht ist, daß alle rechtlichen Institutionen wandelbar sind" (a. a. O., S. 134/35); denn einerseits gilt dieser Einwand des sich dauernd wandelbaren Rechts- wenn überhaupt - gegenüber allen Verfassungssätzen gleichermaßen (vor allem, da Fr. Klein jegliche sachliche Differenzierung innerhalb der Verfassung ablehnt!), so daß die Schutzwirkung der Verfassung insgesamt fragwürdig erscheint, ohne daß sich insoweit die "institutionellen Garantien" von den sonstigen Verfassungsbestimmungen unterschieden, d.h. für die vorliegende Frage ist damit nichts

"institutionellen Garantien" stellt hingegen die Ausdehnung des Anwendungsbereichs dieser Rechtsfigur auf die gesamte Verfassung dar: Während Carl Schmitt die Problematik der "institutionellen Garantien" nie grundsätzlich untersuchte, sondern immer nur im Zusammenhang mit dem Bemühen, innerhalb des zweiten Verfassungshauptteiles, der typisch "nichtorganisatorischen" Bestimmungen, Ordnung und Unterscheidungsmöglichkeit zu schaffen (68), stellte Friedrich Klein fest, daß es sich bei dieser Rechtsfigur, wenn man sie überhaupt anerkennt, um eine solche des formellen Verfassungsrechts schlechthin handelt, daß folglich ihre Anwendbarkeit nicht von vornherein auf den zweiten Verfassungshauptteil beschränkt sein kann, sondern daß sie grundsätzlich auch für den ersten Hauptteil verwertbar sein muß (69). - Allerdings gerät Klein bei der Ermittlung der für eine "institutionelle Garantie" in Betracht kommenden "Institutionen" innerhalb dieses ersten, organisatorischen Verfassungsteils in erhebliche Schwierigkeiten: Während sich nämlich im zweiten Hauptteil, der im wesentlichen die Rechte und Pflichten der Bürger im Staat regelte, die "Institutionen" (70) von den grundsätzlich unterschiedlichen individuellen Freiheitsrechten z. B.

gewonnen; - andererseits reicht diese Feststellung (nämlich von dem der geschichtlichen Entwicklung unterworfenen Rechtssatz) aber auch nicht aus, eine - doch notwendige - Kompetenz des einfachen Gesetzgebers, auf den Inhalt der Verfassung Einfluß zu nehmen, aufzuzeigen. Von einer solchen Kompetenz des Gesetzgebers geht Fr. Klein an anderer Stelle aber offenbar aus, wenn er davon spricht, daß - auf Grund der Schutzwirkung der "institutionellen Garantie" gegenüber der Legislative - bei der "Ausgestaltung" der Institution bestimmte Grenzen eingehalten werden müssen (a. a. O., S. 165, in der endgültigen Definition).

- 68) Insbes. Freiheitsrechte, S. 143; Grundrechte, S. 206 ff; wobei jedoch nicht nach dem formalen, sondern dem sachlichen Standort einer Verfassungsbestimmung unterschieden wird, Grundrechte, S. 184.
- 69) Institutionelle Garantien, S. 127/28.
- 70) In Anlehnung an C. Schmitt, der die "Institutionen" als "formierte und organisierte und daher umgrenzbare und unterscheidbare Einrichtungen öffentlichrechtlichen Charakters" (s. o. Anm. 42) beschrieben hatte, definiert Fr. Klein diese als "existente, organisierte und formierte, daher umgrenzbare und unterscheidbare öffentlichrechtliche Einrichtungen" (a. a. O., S. 146, 147 und 165).

deutlich abhoben, enthielt der erste Verfassungsteil - für einen "organisatorischen" Teil ganz natürlich - eine Vielzahl öffentlichrechtlicher Einrichtungen, von denen jedoch nur ein Bruchteil für eine "institutionelle Garantie" in Frage kommen konnte, wenn dieser Begriff nicht unmäßig überdehnt und damit wertlos gemacht werden sollte (71); es mußten folglich die "Institutionen" irgendwie von den sonstigen "öffentlichrechtlichen Einrichtungen" abgegrenzt werden. - Der hierbei von Klein eingeschlagene Weg führt nun zwar im wesentlichen zum richtigen Ergebnis, doch kann seine Begründung nicht überzeugen: Danach scheiden für die Annahme einer "institutionellen Garantie" alle "unmittelbar (primär) verfassungsorganisatorischen Einrichtungen", alles "rein Politisch-Organisationsmäßige" (72), aus, und zwar auf Grund der "Wesensverschiedenheit" der beiden Verfassungshauptteile ("Grundrechte und unmittelbare Staats- und Verfassungsorganisation"), deretwegen "man sich ängstlich hüten sollte, die Vorschriften und Rechtsgedanken eines der beiden Teile sowie die dort erzielten wissenschaftlichen Forschungsergebnisse ohne weiteres auf den anderen zu übertragen" (73). - Abgesehen davon, daß Klein mit diesen Ausführungen seine eigene Feststellung, daß nämlich die "institutionelle Garantie" "ein Begriff auch des "politisch-organisatorischen Teils der RV"" sei (74), sowie indirekt auch die in diesem Zusammenhang an der (engeren) Auffassung Carl Schmitts geübte Kritik ("es fehlt jeder stichhaltige Grund dafür, den Begriff der "institutionellen Garantie" "wesensgemäß" auf den zweiten Hauptteil der RV zu beschränken" (75)) praktisch zurücknimmt (76), leuchtet diese Begründung einer solchen Unter-

71) S. z. B. die Kritik Fr. Kleins an K. Loewenstein, a. a. O., S. 122/23; ebenso schon C. Schmitt, Freiheitsrechte, S. 158.

72) a. a. O., S. 128, S. 147 (insbes. Anm. 21), S. 165.

73) a. a. O., S. 123/24, insges. S. 123 ff (s. dort auch seinen Hinweis auf die Gegenüberstellung der beiden Verfassungsteile bei C. Schmitt, S. 123, Anm. 7).

74) a. a. O., S. 127/28.

75) a. a. O., S. 127.

76) Schon auf S. 128 a. a. O. räumt er ein, daß der C. Schmitt'schen Auffassung insofern ein "richtiger Kerngedanke" zugrunde liege, als die "institutionellen Garantien" niemals "unmittelbar verfassungsorganisatorische Einrichtungen" betreffen. - Gerade diese Feststellung zeigt aber sein gründliches Mißverständnis des Ausgangspunktes C. Schmitts, weil nach dessen Ansicht die

scheidung nicht ein, denn nach Kleins (an anderer Stelle noch zu erörternder) Ansicht dienen doch auch und gerade die "institutionellen Garantien" der Festigkeit und Sicherheit des Staates und seiner Organisation (77), sind die in ihnen geschützten "Institutionen" insofern also eben nicht von den "unmittelbar verfassungsorganisatorischen Einrichtungen" "wesensverschieden". Jedoch ist die Abgrenzung Kleins im Ergebnis richtig, weil tatsächlich ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Arten von "öffentlichrechtlichen Einrichtungen" besteht: Während nämlich die von Klein als "unmittelbar verfassungsorganisatorisch" oder treffender "verfassungskonstitutiv" bezeichneten Einrichtungen erst durch die Verfassung selbst geschaffen oder zumindest im einzelnen festgelegt sind, waren die mittels einer "institutionellen Garantie" geschützten "Institutionen" (voraussetzungsgemäß!, s. o.) bereits vor der geschriebenen Verfassung als solche vorhanden (78) und wurden von dieser lediglich im Prinzip übernommen, existierten also auch weiterhin konkret nur außerhalb derselben und unterlagen daher auch - anders als die "verfassungskonstitutiven" Einrichtungen - grundsätzlich der Regelungskompetenz des einfachen Gesetzgebers.

Die bisher behandelten Punkte ergaben folgendes Ergebnis der Untersuchung Kleins: Mittels der Rechtsfigur der "institutionellen Garantie" schützt die Verfassung - über ihre erschwerte Abänderbarkeit gemäß Art. 76 RV - bestimmte, nicht unmittelbar verfassungsorganisatorische öffentlichrechtliche Einrichtungen davor, daß sie vom einfachen Gesetzgeber in ihrem wesentlichen Bestand geändert oder gar beseitigt werden (79). - Hier stellt sich nun (ebenso wie schon bei Carl Schmitt)

von der Verfassung selbst geregelten "Institutionen" - voraussetzungsgemäß! - unmöglich Gegenstand einer "institutionellen Garantie" sein konnten.

- 77) a. a. O., S. 129 ff, insbes. S. 131: "Der Staat läßt hier zunächst und vor allem um seiner selbst willen solchen Einrichtungen besonderen Schutz und erhöhte Sicherung angedeihen, die einmal seiner "Verfassung" ein eindeutig bestimmtes Gepräge verleihen und die er zum anderen als die Grundlagen seiner eigenen Existenz ansieht". - S. auch unten im Text.
- 78) S. Fr. Klein selbst a. a. O., S. 190/91: "Die institutionelle Garantie ... gewährleistet Gegenwärtiges, schon Vorhandenes, bereits bestehendes, Existenzielles".
- 79) Wörtlich definiert Fr. Klein: "Institutionelle Garantien sind reichsverfassungsgesetzliche Gewährleistungen existenter, formierter und organisierter, daher umgrenzbarer, unterscheid-

die Frage, warum die Verfassung für die betreffenden "Institutionen" einen solchen besonderen Schutz vorsah, ihnen eine "höhere Würde verlieh" (80), - oder anders ausgedrückt: welchen Inhalt und Zweck eine "Institution" haben konnte bzw. mußte, um - insbesondere im Hinblick auf die der Verfassung zugrundeliegenden obersten Prinzipien - einer derartigen Verfassungsgewährleistung zugänglich zu sein. Diese Frage spitzte sich angesichts der Aufgabe einer jeden Verfassung, das Verhältnis des einzelnen zum Staat zu regeln, schließlich dahin zu, wessen Interesse dieser Schutz letztlich diene: dem des einzelnen oder dem des Staates (81).

Carl Schmitt hatte - wie oben festgestellt- grundsätzlich den richtigen Weg für die Lösung dieses Problems gewiesen, als er feststellte, daß der geschriebenen Verfassung der Weimarer Republik insgesamt wenige oberste Prinzipien zugrunde lagen, denen alle Einzelbestimmungen und somit auch die "institutionellen Garantien" letztlich untergeordnet

barer und typisierbarer öffentlichrechtlicher Einrichtungen nicht unmittelbar verfassungsorganisatorischen (-konstruktiven, -konstitutiven) Charakters als solcher gegenüber der Reichs- und Landeslegislative und -exekutive mit der Maßgabe, daß zur existenziellen Beseitigung und substanziellen Denaturierung der Institution die für Reichsverfassungsänderungen erforderlichen Voraussetzungen (Art. 76) vorliegen und bei ihrer Ausgestaltung diejenigen äußersten Grenzen eingehalten werden müssen, jenseits deren die Institution als solche vernichtet oder ausgehöhlt wäre" (a. a. O., S. 165).

80) Fr. Klein a. a. O., S. 129.

81) Die Frage bedarf in dieser undifferenzierten Form und Ausschließlichkeit der Rechtfertigung, da, wie insbesondere die Ausführungen oben zu B III und hier speziell zur Sozialstaatsklausel zeigten, Sicherheit und Festigkeit des Staates nicht notwendig zu Lasten der Freiheit der einzelnen gehen, während umgekehrt eine stark ausgebaute Einzelfreiheit durchaus auch der Festigkeit des Staates nützen kann; hier scheint sie deshalb begründet, weil sich der Gegensatz Fr. Klein - C. Schmitt in diesem Punkt tatsächlich hierauf zuspitzt. So spricht Fr. Klein lediglich davon, daß die "institutionellen Garantien" nicht dem Individualinteresse, sondern vornehmlich der Sicherheit und Festigkeit "des Staates" dienen (S. 129 - 133), ohne weiter zu differenzieren und zu erläutern, welchen konkreten "Staat" er damit meint (Einzelheiten s. u. im Text).

seien (82), daß folglich im zweiten Verfassungshauptteil (unter der Voraussetzung, daß dieser in seinem gesamten Inhalt vom Prinzip des "bürgerlichen liberalen Rechtsstaats" bestimmt werde) öffentlichrechtliche und daher der grundsätzlich begrenzten Sphäre des Staates zuzurechnende Einrichtungen ("Institutionen") unmöglich um ihrer selbst (83) willen, sondern nur "konnex oder komplementär" zu den individuellen Freiheitsrechten gewährleistet sein könnten (84). Zwar versäumte er es, die Konsequenzen hieraus zu ziehen (sonst hätte er prüfen müssen, ob und inwieweit die einzelnen, von ihm als solche angenommenen "Institutionen" tatsächlich "konnex oder komplementär" letztlich dem grundlegenden Verfassungsprinzip, konkret: der optimalen Freiheit aller Einzelmenschen, dienten und sie nur insoweit als durch die Verfassung gewährleistet anerkennen dürfen!); auch läßt sich darüber streiten, ob er die "Grundprinzipien", auf denen die Weimarer RV aufbaute, zutreffend und vollständig ermittelte (85); richtig ist jedoch die Überlegung als solche, daß nämlich als Maßstab einer Erfassung und Bewertung des Inhalts der geschriebenen Verfassung allein die Verfassung selbst, konkret also die ihr zugrundeliegenden wesentlichen Prinzipien, in Betracht kommen. - Nachdem Klein die Anwendbarkeit des Begriffs der "institutionellen Garantie" grundsätzlich auf den Bereich der gesamten Verfassung ausgedehnt hatte, wäre es nun konsequent gewesen, wenn er auch diesen (sachlichen) Teil der Lehre Carl Schmitts entsprechend ergänzt und etwa festgestellt hätte, daß die Verfassung eine "Institution" niemals um ihrer selbst willen, sondern nur "konnex oder komplementär" zu den obersten Verfassungsprinzipien gewährleistete; die Richtigkeit der Auffassung Carl Schmitts voraussetzt, wonach die Weimarer RV auf den Prinzipien einmal des bürgerlichen Rechtsstaats, zum anderen der Demokratie aufbaute, hätte das z. B. konkret bedeutet, daß für eine "institutionelle Garantie" (wegen des mit dieser verbundenen Schutzes der Verfassung gegenüber dem einfachen Gesetz-

82) S. o., insbes. Anm. 47.

83) Das heißt aber: nicht um des Staates (dessen Sphäre sie zuzurechnen sind) willen!

84) S. o. Anm. 48.

85) So dürfte das "soziale" Prinzip bei ihm zu kurz gekommen sein, auch wenn er es nicht völlig übersah, s. z. B. Grundrechte, S. 196 ff und S. 212 (Kritisch zu dieser "Eindimensionalität" des Denkens C. Schmitts Fr. Klein, a. a. O., S. 9, sowie die in Anm. 33 genannten Autoren).

geber (86)) nur solche "Institutionen" in Frage kommen, die in ihrer spezifischen Wirkungsweise "konnex oder komplementär" entweder der Freiheit der einzelnen oder (87) der demokratischen Staatsform dienen und deshalb für die Verfassungsordnung von besonderem Wert sind.

Dafür, daß Klein nicht - zumindest im Grundsatz - zu diesem Ergebnis gelangte, dürfte nun zwar entscheidend seine im Grund noch positivistische Einstellung gewesen sein, die ihn u. a. veranlaßte, bereits den - sachlich begründeten - Ausgangspunkt Carl Schmitts (der innerhalb der geschriebenen Verfassung zwischen der "Verfassung" im eigentlichen Sinne, d. h. den der geschriebenen Verfassung insgesamt zugrundeliegenden obersten Prinzipien, und den "Verfassungsgesetzen" unterschieden hatte) mangels einer entsprechenden positiven Verfassungsvorschrift abzulehnen (88), so daß er schon deshalb den weiteren Weg Carl Schmitts, der zur Feststellung der nur "konnexen oder komplementären" Funktion der von der Verfassung garantierten Institutionen geführt hatte, außer acht ließ; jedoch war offenbar auch sein Versäumnis, zum richtigen Verständnis der "Konnex- und Komplementärgarantien" zunächst die Gedankengänge Carl Schmitts, die zu diesen geführt hatten, selbst nachzuvollziehen, bevor er sich mit dessen Ergebnissen auseinandersetzte, mit ausschlaggebend dafür, daß er diesen von Carl Schmitt aufgezeigten Ansatzpunkt zu einer sachlichen (im Gegensatz zur bisherigen rein positivistischen) Beurteilung der "institutionellen Garantien" verkannte und deshalb nicht weiter verwertete (89); denn die Tatsache, daß Klein die Rechtsfigur der "institutionellen Garantie", insbesondere die für diese charakteristische Schutz- und Sperrwirkung gegenüber

-
- 86) Über die Problematik der in jeder Verfassungsgarantie liegenden Sperrwirkung gegenüber dem (einfachen) Gesetzgeber überzeugend Chr. Sasse, Problematik, S. 438 ff, wonach im demokratischen Staat der gewählten Volksvertretung genügend Spielraum für eigene Entscheidungen bleiben muß; s. auch unten im Text.
 - 87) Der Erkenntnis, daß ein und dieselbe "Institution" gleichzeitig mehreren Verfassungsprinzipien dienen kann, stand die Auffassung im Wege, daß die Verfassungsteile (Grundrechts- und organisatorischer Teil) voneinander "wesensverschieden" seien; s. z. B. Klein a. a. O., S. 123 ff.
 - 88) S. o. Anm. 55.
 - 89) Die verschiedenen Äußerungen Fr. Kleins zu den "Konnex- und Komplementärgarantien" sind recht widersprüchlich; s. u. im Text und Anm. 93.

dem (einfachen) Gesetzgeber, von ihrem Inhalt her zu rechtfertigen suchte (90), zeigt, daß er einer sachlichen Wertung nicht schlechthin verschlossen war und daß er folglich den von Carl Schmitt gewiesenen Weg möglicherweise nicht von vornherein verworfen hätte, falls ihm dieser in seiner grundsätzlichen Bedeutung wirklich klar geworden wäre.

Im einzelnen ging Klein folgendermaßen vor: Da er nicht wie Carl Schmitt die Anwendbarkeit der "institutionellen Garantie" auf den zweiten Verfassungshauptteil beschränkte, schien ihm auch dessen Verknüpfung dieses Begriffes mit den individuellen Freiheitsrechten - vermittelt durch die "Konnex- oder Komplementärfunktion" der verschiedenen Institutionen - willkürlich und somit falsch (91). Dabei übersah er jedoch, daß diese Verknüpfung nicht aus freien Stücken vorgenommen, sondern vielmehr grundsätzlich begründet war: Sie resultierte letzten Endes nämlich nicht etwa aus dem (u. U. rein zufälligen) räumlichen Nebeneinander der "institutionellen Garantien" und der individuellen Freiheitsrechte im Text der geschriebenen Verfassung (92), sondern aus dem dem betreffenden (zweiten) Verfassungsteil insgesamt zugrundeliegenden obersten Verfassungsprinzip und war folglich auch - zumindest dem Grundsatz nach - durchaus einer Ausdehnung auf den Bereich der gesamten Verfassung zugänglich, - vorausgesetzt, daß sie (d. h. die Verknüpfung der "institutionellen Garantie" mit dem Prinzip hier des bürgerlich-liberalen Rechtsstaats) gleichzeitig auf sämtliche grundlegenden Verfassungsprinzipien erstreckt wurde. Indem Klein die Argumentation Carl Schmitts in dieser ihrer grundsätzlichen Bedeutung

90) S. darüber weiter unten im Text.

91) Das ergibt sich allerdings nur mittelbar aus den Ausführungen auf den S. 129 ff. - Diese Frage ist scharf zu trennen von der, ob es innerhalb der "institutionellen Garantien" oder auch neben ihnen "subjektive Rechte" der Betroffenen geben kann (s. einerseits C. Schmitt, z.B. Freiheitsrechte, S. 149 ff, und Grundrechte, S. 214 ff: subjektive Rechte nur innerhalb der Institution, dieser untergeordnet, "akzessorisch"; - andererseits Fr. Klein a. a. O., S. 172 ff: subjektive Rechte neben der Institution); diese letztere Problematik interessiert im vorliegenden Zusammenhang jedoch nicht unmittelbar und kann daher unerörtert bleiben.

92) Das geht schon daraus hervor, daß C. Schmitt bei dieser Frage nicht auf den positiven, sondern auf den sachlichen Standort einer Bestimmung abstellte; s. o. Anm. 36.

verkannte und sie daher verwarf, begab er sich der Möglichkeit, sie sachgerecht zu Ende zu führen und für den Bereich der gesamten Verfassung fruchtbar zu machen (93). Andererseits gelang es ihm aber

- 93) Zwar übernahm Fr. Klein von C. Schmitt den Begriff der "Konnex- und Komplementärgarantien" der Verfassung, jedoch verfuhr er mit diesem recht widersprüchlich und insofern irreführend, als er einerseits den Eindruck erweckte, mit diesem dasselbe zu meinen wie C. Schmitt

(so weist er darauf hin, daß C. Schmitt diesen "wegen seiner Anschaulichkeit sehr geeigneten" Begriff "grundlegend" entwickelt und "mit Recht .. nicht nur (Hervorhebung vom Verf.) bei dem Problem der typisch grundrechtlichen Freiheitsrechte einer bürgerlich-rechtsstaatlichen Verfassung, sondern auch ..." für die von ihm, Klein, verfolgten Zwecke verwendet habe (s. 232 ff, insbes. Anm. 1 auf S. 232, sowie S. 233/34). Dieser Anschein, daß Fr. Klein sich der Auffassung C. Schmitts insgesamt anschließt, wird dann noch verstärkt durch die unmittelbare Übernahme eines Zitats C. Schmitts, das gerade den primären Anwendungsfall der Rechtsfigur der "Konnex- und Komplementärgarantien" bei C. Schmitt, nämlich die "institutionellen Garantien", betrifft: Wenn C. Schmitt davon spricht, daß "das Grundrecht der Freiheit ... sogar mit staatlichen Institutionen umgeben" werde, so denkt er dabei primär eben an die mittels einer "institutionellen Garantie" gewährleisteten "Institutionen", die nach seiner Ansicht um der allgemeinen Freiheit willen, "konnex oder komplementär" zu dieser (anders Fr. Klein: um des Staates willen), geschützt sind; diese Äußerung C. Schmitts bezieht sich also nicht nur auf die von Fr. Klein gemeinten Garantien wie die eines status-quo (s. Fr. Klein a. a. O., S. 289/90) ,

- während er ihn andererseits lediglich für den Teilbereich der Status-quo-Garantien verwandte und ihn gerade bezüglich des primären Anwendungsfalles bei C. Schmitt, nämlich für die Erfassung und Erklärung der "institutionellen Garantien" als nur "Konnex- oder Komplementärgarantien" zu den individuellen Freiheitsrechten, ablehnte

(zwar tat Fr. Klein dies nie ausdrücklich, jedoch ergibt sich diese Einstellung mittelbar daraus, daß er bei der Erfassung und Erklärung der "institutionellen Garantien" einmal den Begriff der "Konnex- und Komplementärgarantien" überhaupt nicht

auch nicht, von seinem Standpunkt aus eine klare, überzeugend begründete Lösung dieser Frage, was nämlich die Verfassung mit ihren "institutionellen Garantien" letztlich schützt, zu geben. Zunächst stellte er - im bewußten Gegensatz zu Carl Schmitt - fest, daß die "institutionellen Gewährleistungen" "nicht dem Sicherungsbedürfnis des Individuums, sondern der unveränderten Erhaltung bestimmter staatlicher oder auch außerstaatlicher Institutionen dienen sollen" (nach A. Köttgen (94)); daß sie "materiell" "nicht Nutzenwendungen anderer (Grund-) Rechtssätze, nicht bloße Einzelfolgerungen aus allgemeinen Rechtssätzen enthalten", "daß sie nicht oder jedenfalls nicht in erster Linie im Individualinteresse, sondern - wenn auch nicht einzig und allein, so doch -

heranzog und zum anderen auch zu dem entgegengesetzten Ergebnis gelangte, indem nach seiner Ansicht die "institutionellen Garantien" dem Interesse "des Staates" dienen (s. S. 129 ff; s. auch unten im Text)).

Zusammenfassend muß gegen Fr. Klein (gegen seine Handhabung des Begriffs der "Konnex- und Komplementärgarantien") gesagt werden, daß er den wesentlichen Punkt bei C. Schmitt verkannte: nach dessen Auffassung (s. z.B. Freiheitsrechte, S. 167 ff (168/69!) und Grundrechte, S. 210 (Anm. 77) und 214/15) bildeten nämlich die "Konnex- und Komplementärgarantien" - und zwar in notwendiger Verknüpfung mit den individuellen Freiheitsrechten, um deretwillen sie überhaupt existierten - ein geschlossenes System, indem sie insgesamt die individuellen Freiheitsrechte, quasi in konzentrischen Kreisen, umbauten und derart ergänzten; hierbei stellten die (von Fr. Klein allein als "Konnex- oder Komplementärgarantien" behandelten) Status-quo-Garantien regelmäßig (erst) einen "äußeren", "sekundären" Kreis dar, der seinerseits zunächst z.B. eine "institutionelle Garantie" als "inneren", "primären" Kreis voraussetzte, als "Konnex-Garantie" unmittelbar also nur zu einer "institutionellen Garantie" möglich und sinnvoll war, wenn er auch mittelbar den individuellen Freiheitsrechten zugute kam, weil ja auch die betreffenden "institutionellen Garantien" ihrerseits "konnex oder komplementär" den individuellen Freiheitsrechten dienten. Demnach war es unmöglich, nur einzelne Teile dieses Systems herauszugreifen - wie Klein es mit den Status-quo-Garantien tat -, weil dadurch der Begriff der "Konnex- und Komplementärgarantien" seinen umfassenden Sinn verlor.

vornehmlich im Staatsinteresse bestehen" (95). Sodann rechtfertigte er den Schutz der Verfassung zugunsten bestimmter "Institutionen" gegenüber dem Gesetzgeber damit, daß diese "Grund-Einrichtungen , "Institutionen", des Staats- und Rechtslebens, Verwaltungs- und Justizwesens" für den Verfassungsgeber "besonders wichtig und wertvoll (96), darum besonders schutz- und sicherungsbedürftig" (97) waren: "Der Staat schützt und sichert sich dadurch selbst dagegen, daß seine politische, rechtliche, kulturelle, gesellschaftliche usw. Ordnung in ihren wesentlichen, im öffentlichen Interesse liegenden Grundlagen" vom einfachen Gesetzgeber umgestaltet wird (98); "der Staat läßt hier zunächst und vor allem um seiner selbst willen solchen Einrichtungen besonderen Schutz und erhöhte Sicherung angedeihen, die einmal seiner "Verfassung" ein eindeutig bestimmtes Gepräge verleihen und die er zum anderen als die Grundlagen seiner eigenen Existenz ansieht" (99).

Damit legte Klein im Spannungsverhältnis einzelner - Staat den Schutzzweck der "institutionellen Garantien" einseitig zugunsten des Staates aus. Während jedoch Carl Schmitt für seine entgegengesetzte Auffassung eine einleuchtende (sachlich-grundsätzliche) Begründung gab, blieb Klein eine solche schuldig; so ließ er bereits offen, was er konkret unter "dem Staat" (100) verstand: da hiermit unmöglich "der Staat an sich" - den es nicht gibt - gemeint sein konnte, blieben die Möglichkeiten einmal des Staates als (abstrakt und wertneutral) "Herrschaftsapparatur", zum anderen des Staates als "Staat der Weimarer RV", und zwar im umfassenden Sinne, mit allen, z. T. verschiedenartigen und gegensätzlichen Komponenten, - schließlich des Staates der Weimarer RV jeweils in einer speziellen Ausprägung, z. B. als bürgerlich-liberaler Rechtsstaat oder als demokratischer Staat (101). - Aber auch, wenn man Kleins wiederholter und betonter Gegenüberstellung von Staat

95) a. a. O., S. 131.

96) Die Frage, warum die betreffenden "Institutionen" für den Verfassungsgeber "besonders wichtig und wertvoll" waren, blieb dabei völlig offen; s. u. im Text.

97) a. a. O., S. 129.

98) a. a. O., S. 129.

99) a. a. O., S. 131.

100) S. auch oben Anm. 81.

101) S. z.B. diese "Isolierung" der einzelnen grundlegenden Verfassungsprinzipien bei C. Schmitt; Einzelheiten oben in Anm. 32, auch in Anm. 33.

und Individuum entnimmt, daß er "den Staat" abstrakt, als typischen Widerpart des einzelnen, in seiner Eigenschaft als "Herrschaftsapparatur" schlechthin (102), meinte, ist damit nicht viel geholfen; denn allein die Tatsache, daß im Verhältnis einzelner - Staat öffentlich-rechtliche Einrichtungen der Sphäre des Staates zuzuordnen sind ("Diese Garantien sind nur etwas Objektives, "Institutionelles", nichts Subjektives, "Individuelles"") (103), reichte nicht als Beweis dafür aus, daß diese primär in dessen Interesse und nicht zugunsten der Freiheit der einzelnen gewährleistet waren (ihre praktische Auswirkung zumindest legte den gegenteiligen Schluß nahe); ebensowenig beweiskräftig war das Argument, daß - wie die Erfahrungen mit dem überaus schwachen Weimarer Staat gezeigt hätten - ein fester staatlicher organisatorischer Aufbau und (deshalb) die Gewährleistung von Verfassungsinstitutionen notwendig waren (104), weil das, was die Verfassung schützte, sich allein der Verfassung selbst, nicht also den praktischen Erfordernissen des Staatlebens, entnehmen ließ (ganz abgesehen davon, daß bezweifelt werden muß, ob gerade die in Frage stehenden Institutionen überhaupt geeignet gewesen wären, den Staat in diesem Sinne zu festigen).

Schließlich blieb (auch) Klein bei der Erforschung des Inhalts und Zweckes der "institutionellen Verfassungsgarantien" insofern auf halbem Wege stehen, als er sich bereits mit der Feststellung begnügte, daß die verschiedenen, von der Verfassung gewährleisteten Institutionen der Festigkeit des Staates dienten, daher für diesen besonders wertvoll und in ihrer "höheren Würde" gerechtfertigt waren (105); damit ließ nämlich auch er die sachlich-inhaltliche Frage, ob und wieweit dieses tatsächlich zutraf - mit der schwerwiegenden Folge, daß nur insoweit ein Verfassungsschutz anerkannt werden konnte -, unerörtert, setzte vielmehr die konkrete Schutzwürdigkeit als selbstverständlich voraus. - Aber auch dann, wenn man die Richtigkeit dieses (generellen) Ergebnisses unterstellt, ist die sachlich-inhaltliche Problematik noch keineswegs erschöpft, weil hierher auch die (spezielle) Frage zählt, auf welchem Wege ganz konkret die wesentlichen und somit für den einfachen Gesetz-

102) D.h. so, wie er letztlich bei allen möglichen Staatsformen dem einzelnen "Gewaltunterworfenen" (auch in der Demokratie) entgegentritt.

103) a. a. O., S. 132/33.

104) a. a. O., S. 129/30.

105) z. B. a. a. O., S. 129.

geber unantastbaren Bestandteile einer als solche gewährleisteten "Institution" von den nur nebensächlichen, das "Substanzielle" vom bloß "Funktionalen" (106), geschieden werden. Klein ging hierauf - abgesehen von den oben wiedergegebenen rein formalen und abstrakten Bemerkungen - nicht weiter ein; während sich jedoch bei Carl Schmitt diese Frage wegen seiner besonderen Einstellung zum "Institutionellen" überhaupt erübrigt hatte (was nicht heißt, daß seine Lösung unter dem Gesichtspunkt einer sachgerechten Verfassungsauslegung befriedigen könnte), stellte sie sich bei Klein in ihrer ganzen Schärfe und hätte daher der Beantwortung bedurft (107).

Es muß in diesem Zusammenhang hervorgehoben werden, daß die Lehre von den "Institutionellen Garantien" bis heute (108) gerade an der höchst unzulänglichen Lösung dieses Problems krankt: so können - solange hinreichend sichere Maßstäbe fehlen - im Rahmen der Feststellung der für eine "Institution" wesentlichen Merkmale einerseits

106) a. a. O., S. 134 ff, insbes. S. 136/37.

107) Aus der Tatsache, daß Fr. Klein für seine Definition der "Institution" (s. o. Anm. 79) unmittelbar jene Formulierung übernahm, mit der C. Schmitt die "Institution" beschrieben hatte (s. o. Anm. 41 sowie Fr. Klein a. a. O., insbes. S. 145/46), darf nicht geschlossen werden, daß Fr. Klein unter einer "Institution" dasselbe verstand wie C. Schmitt; im Gegenteil muß, nachdem C. Schmitt seinen Standpunkt von den "konkreten Ordnungen" gleich "Institutionen" (s. o. Anm. 42) mit aller Deutlichkeit erläuterte, festgestellt werden, daß Fr. Klein etwas völlig anderes meinte: so stellt nach seinen Ausführungen (a. a. O., S. 141 ff, insbes. S. 142) eine "Institution" "nichts Körperliches, Greifbares, Sinnenfälliges, Konkretes", sondern "etwas Abstraktes dar", "spricht nur eine Abstraktion, einen unsinnlichen Begriff aus, benennt nur ein Gedankending"; Klein braucht den Begriff also "in einem rechtstechnischen ... Sinn". Hierfür passen dann auch die Bezeichnungen "formiert und organisiert", während sie bei C. Schmitt irreführen (s. hierzu o. Anm. 42).

108) Allerdings ermöglichen die - unten dargelegten - neuesten Gedanken Fr. Kleins in seiner Kommentierung des Grundgesetzes bei sachgerechter Weiterführung eine Beantwortung dieser Frage, wenn auch Klein selbst diesen weiteren Schritt nicht tut.

die verschiedensten, u. U. gar widersprüchlichen Dinge (109) als angeblich für diese charakteristisch in sie hineininterpretiert und damit der Zuständigkeit des (einfachen) Gesetzgebers entzogen werden, Dinge, die sich bei genauerer Betrachtung z. T. entweder mit der Institution selbst oder aber auch mit der geschriebenen Verfassung (und hier vor allem deren grundlegenden Prinzipien) nicht vereinbaren lassen; andererseits besteht umgekehrt die Möglichkeit, daß einzelne, wirklich zum Wesen der betreffenden Institution gehörende Bestandteile gegen den Willen der Verfassung deren Schutz entwunden und vom einfachen Gesetzgeber geändert oder gar beseitigt werden. Das bedeutet, daß die Lehre von den "institutionellen Garantien" so lange theoretisch unvollständig und für die Verfassungsauslegung praktisch nicht verwertbar ist, wie es ihr nicht gelingt, einen genügend sicheren Weg für die Ermittlung der für die einzelne "Institution" wesentlichen Merkmale aufzuzeigen (110).

Zusammenfassend muß festgestellt werden, daß die Forschungen Kleins kaum geeignet waren, der Lehre von den "institutionellen Garantien" eine überzeugende Grundlage zu geben oder sie in einzelnen Teilen weiterzuführen. Insbesondere wird von ihm - entsprechend seiner noch positivistischen Einstellung - die Tatsache zu wenig beachtet, daß aller Verfassungsinhalt und somit auch die institutionellen Garantien den grundlegenden Verfassungsprinzipien untergeordnet sind und daß folglich eine Verfassungsgarantie nur insoweit angenommen werden kann, als das betreffende Rechtsgut für die von der Verfassung konkret konstituierte Ordnung von besonderem Wert ist (111).

-
- 109) Dies zeigt sich praktisch vor allem dort, wo zwei Beteiligte genau entgegengesetzte Ziele anstreben und sich dabei beide auf Sinn und Zweck derselben "Institution" berufen, wie dies gerade im Fall der gemeindlichen Selbstverwaltung häufig geschieht (s. hierzu schon die Kritik bei O. Gluth, Die Lehre von der Selbstverwaltung im Lichte formaler Begriffsbestimmung, Wien 1887, S. 1 ff).
- 110) Einen eigenen Lösungsversuch s. u. im Text.
- 111) Daß die Anerkennung einer "Institution" nur die eine Seite der "institutionellen Verfassungsgarantie" ist, zu der als weiteres Merkmal ihr Wert für oder doch zumindest ihre Anpassung an die betreffende Verfassungsordnung hinzukommen muß, hatte E. R. Huber bereits richtig erkannt, wenn er ausführte: "Der Sinn der korporativen Garantien (als Unterfall der institutionellen Garantien) ist das Bemühen um Anerkennung der natürlich gewach-

- 4) Damit aber sind die Untersuchungen, die den Begriff der "institutionellen Garantie" für das Recht der Weimarer RV geschaffen und maßgeblich bestimmt haben, auch bereits erschöpft (112). Wie im einzelnen darge-

senen Einheiten und um ihre Einordnung (Hervorhebung vom Verf.) in den Staat", Bedeutungswandel, S. 62.

- 112) Auf die Schrift von B. Dennewitz, "Die institutionelle Garantie", Jena 1932, braucht hier nicht besonders eingegangen zu werden, da sie, soweit sie eigene Lösungswege zu eröffnen versucht, auf Abwege gerät (so insbesondere hinsichtlich der Schlußfolgerung, daß eine "institutionelle Garantie" nur dort vorliegen könne, wo es darum gehe, "vom monarchischen Staat überkommene" Einrichtungen zu schützen); siehe hierzu u. a. die Kritik von Fr. Klein, a. a. O., S. 4/5 in Anm. 7. - Der Aufsatz von Eb. Menzel, Das Ende der institutionellen Garantien, AöR 67 (1937), S. 32 ff, ist deshalb nicht von unmittelbarem Interesse, weil er primär unter dem (negativen) Gesichtspunkt verfaßt wurde, die Unbrauchbarkeit des Begriffs der "institutionellen Garantie" für das "Verfassungsrecht" des nationalsozialistischen Staates nachzuweisen (z. B. a. a. O., S. 74 ff) und daher auch keine wirklich neue, eigene Stellungnahme enthält. - Wegen E.R. Hubers einschlägiger Abhandlung s. o. Anm. 53.

Um einem naheliegenden Mißverständnis vorzubeugen, muß hier noch folgendes festgestellt werden: Tatsächlich wird der Begriff der "institutionellen Garantie" (wenn insoweit überhaupt noch von einem "Begriff" die Rede sein kann, seither fast ausschließlich in einem anderen, nämlich sehr pauschalen, undifferenzierten Sinne, und zwar letztlich allein zur Umschreibung dessen verwandt, was man heute im Anschluß an die Terminologie des Art. 19 Abs. 2 GG als "Wesensgehaltsschranke" bezeichnet

(für das Verfassungsrecht der Weimarer RV s. z.B. R. Thoma in Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung (herausgegeben von H.C. Nipperdey), 1. Bd., "Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen", S. 30: "Die ... Institutsgarantien sind rechtswirksame, an die Legislative gerichtete Verbote, in der Ausgestaltung des Instituts diejenigen äußersten Grenzen zu überschreiten, jenseits deren das Institut als solches vernichtet oder denaturiert wäre" (ähnl. S. 33 und S. 37 a. a. O.); im Prinzip ebenso der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich

stellt wurde, führten sie jedoch zu keinem befriedigenden Ergebnis - und zwar weder im Grundsätzlichen noch in den Einzelheiten -, sondern brachten lediglich eine gewisse Vorklärung sowie Ansatzpunkte für weitere Forschungen. Es kann daher auch nicht sinnvoll die Frage gestellt werden, ob und inwieweit dieser zur Weimarer RV erarbeitete "Begriff" der "institutionellen Garantie" für das Grundgesetz zu "übernehmen" sei, eben, weil es einen solchen nie gegeben hat; vielmehr müssen zunächst die damals (nur) begonnenen Erörterungen zu Ende geführt werden (113). Allein unter der Voraussetzung, daß

in seiner berühmten Entscheidung vom 10./11. Dezember 1929 (RGZ 126, Anhang S. 22), der zwar nicht von einer "institutionellen Garantie", wohl aber davon spricht, daß die Landesgesetzgebung "dieses Recht (der Gemeinden auf Selbstverwaltung) nicht aufheben (darf) ... Sie darf die Selbstverwaltung auch nicht derart einschränken, daß sie innerlich ausgehöhlt wird, die Gelegenheit zu kraftvoller Selbstbetätigung verliert und nur noch ein Scheindasein führen kann"; weitere Nachweise bei C. Schmitt, Freiheitsrechte, S. 143 ff; - für das Verfassungsrecht des Grundgesetzes s. die folgende Anm.113).

Zu einer selbständigen Lehre hinsichtlich dieses pauschalen "Begriffs" der "institutionellen Garantie" ist es - obgleich diese Auffassung als die noch immer herrschende angesehen werden muß (s. hierzu z. B. die Nachweise bei P. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 239, in Anm. 329) - bisher jedoch nicht gekommen; vielmehr wird auf eine eigene Begründung verzichtet und statt dessen fast ausnahmslos auf die (ja doch gerade differenzierende) Lehre Carl Schmitts von den "institutionellen Garantien" verwiesen. Damit entpuppt sich diese Auffassung aber als (lediglich!) Fehlentwicklung, und zwar als eine Verstümmelung, der Lehre Carl Schmitts, so daß sich ihre gesonderte Erörterung erübrigt.

- 113) Diese Sachlage wird von allen den Autoren und Gerichten verkannt, die die Bezeichnung "institutionelle Garantie" - und zwar ohne vorherige Klarstellung ihres Inhalts und Prüfung ihrer Eignung - auch für die systematische Erfassung des Verfassungsrechts des Grundgesetzes verwenden. Hieran dürfte insbesondere die herrschende Auffassung vom Begriff der "institutionellen Garantie" schuld sein, die darunter unter Verkennung der Lehre Carl Schmitts lediglich eine "Wesensgehaltsschranke" der Verfassung versteht (s. o. Anm. 112) und die ihn insoweit (d. h. mit diesem, allerdings höchst dürftigen Inhalt) für hinreichend ge-

dieses Bemühen erfolgreich ist und ein - formell wie materiell - klares und überzeugend begründbares Resultat bringt, besteht die Möglichkeit, die Brauchbarkeit dieses (nunmehr vollständigen) Begriffs der "institutionellen Garantie" auch für das Verfassungsrecht des Grundgesetzes zu prüfen. - Im folgenden wird daher zunächst versucht, die Frage nach den "institutionellen Verfassungsgarantien" als solche abschließend zu klären. In diesem Zusammenhang sind auch zwei Stellungnahmen aus jüngster Zeit zu behandeln, die sich konkret zwar beide auf das Grundgesetz beziehen, die aber andererseits unmittelbar an die zur Weimarer RV aufgestellte Lehre anknüpfen und diese als solche, also ohne direkte Bindung an die Verhältnisse nach dem Grundgesetz, weiterführen und korrigieren.

- 5) In seiner Kommentierung des Grundgesetzes hat sich Friedrich Klein erneut grundsätzlich mit den verfassungsrechtlichen "Einrichtungsgarantien" beschäftigt (114). Zwar bestätigen diese Ausführungen einerseits die Richtigkeit der oben vorgetragenen Kritik an seinen früheren

klärt erachtet. Tatsächlich wird der Begriff "institutionelle Garantie" im Verfassungsrecht des Grundgesetzes fast ausschließlich in diesem "pauschalen" Sinne gebraucht. Nur so ist z. B. die Tatsache erklärlich, daß eine Bestimmung wie Art. 28 II 1 GG häufig als "institutionelle Garantie" und gleichzeitig auch noch als Legaldefinition oder zumindest als nähere Umschreibung des Rechts der gemeindlichen Selbstverwaltung charakterisiert wird, obwohl nach Carl Schmitts richtiger Feststellung das eine das andere notwendig ausschließt; denn die Problematik der institutionellen Garantie liegt ja gerade darin, daß das Schutzobjekt nicht in der Verfassung selbst (so wäre es aber bei einer in der Verfassung selbst enthaltenen Legaldefinition oder zumindest näheren Umschreibung), sonder nur außerhalb der Verfassung (genauer: unterhalb der Verfassungsebene und somit für den einfachen Gesetzgeber zugänglich) konkret geregelt ist. - Einzelheiten zur Auslegung des Art. 28 II 1 GG als "institutionelle Garantie" überhaupt s. u. in Anm. 191. - Dazu, daß dieser Begriff mit dem genannten "pauschalen" Inhalt für das Verfassungsrecht des Grundgesetzes überflüssig und somit wertlos ist, s. u. im Text und Anm. 187.

- 114) Fr. Klein in H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin - Frankfurt 1957, S. 83 ff; grundsätzlich auch S. 78 ff und 86 ff.

Untersuchungen; andererseits enthalten sie jedoch sehr Wesentliches zur Frage des Sachlich-Inhaltlichen, wenn dann konkret (d.h. bei den einzelnen, als solche angenommenen Einrichtungsgarantien) auch nicht die Konsequenzen hieraus gezogen werden. Zunächst zeigt seine Bemerkung, die Lehre von den Einrichtungsgarantien sei "entwicklungsgeschichtlich zur wissenschaftlich - systematischen Erfassung der verschiedenartigen Normierungen nur (115) des Grundrechtsteils, nicht auch des organisatorischen Teiles der Weimarer RV aufgestellt worden" (116), i.V.m. der Feststellung, er selbst habe am Ausbau dieser Lehre mitgewirkt (117), daß Klein - wie oben bereits angedeutet wurde - selbst nie ernst gemacht hat mit seiner Forderung, die "institutionelle Garantie" sei "grundsätzlich ein Begriff des formellen Verfassungsrechts schlechthin", folglich fehle "jeglicher stichhaltige Grund dafür, den Begriff "institutionelle Garantie" "wesensgemäß" auf den zweiten Hauptteil der RV (also den Grundrechtsteil) zu beschränken" (118). Rückblickend scheint demnach der einzige Sinn jener Forderung der gewesen zu sein, darauf hinzuweisen, daß die Annahme einer "institutionellen Garantie" nicht allein daran scheitern könne, daß die betreffende Vorschrift positiv nicht im zweiten, sondern im ersten Verfassungshauptteil stehe - obwohl sie sachlich in den zweiten Hauptteil gehöre (119) - In diesem Falle aber hätte Klein mit seiner Kritik an Carl Schmitt offene Türen eingerannt, weil dieser selbst hervorgehoben hatte, daß die Verfassung nicht streng systematisch aufgebaut sei (so gebe es "Grundrechte auch außerhalb des zweiten Hauptteils der RV, ebenso wie umgekehrt manche im zweiten Hauptteil enthaltenen Bestimmungen keinerlei Grundrechte gewähren" (120)) und daß es deshalb bei der Beurteilung und Klassifizierung einer Bestimmung allein auf ihren sachlichen, nicht auf ihren formalen Standort im Text der Verfassung

115) Hervorhebung vom Verf..

116) a. a. O., S. 84, Anm. 12.

117) a. a. O., S. 83.

118) Institutionelle Garantien, S. 127/28.

119) Im Verfassungsrecht des Grundgesetzes spricht Fr. Klein insoweit von "Trabantenbestimmungen", jedoch unterscheidet sich das Grundgesetz insofern von der Weimarer RV, als "eine Reihe von spezifischen institutionellen Garantien, die sich im damaligen Grundrechtsteil fanden, in den heutigen organisatorischen Verfassungsteilen wiederkehren" (S. 84, Anm. 12).

120) Grundrechte, S. 184 (s. auch o. Anm. 36).

ankomme (121).

Ebenso wie schon in seiner früheren Abhandlung - nur mit dem Unterschied, daß es hier noch offener zu Tage tritt - mißversteht Klein Carl Schmitts Begriff der nur "konnexen oder komplementären" Funktion der "institutionellen Garantien" (122): Während nämlich Carl Schmitt damit die grundsätzliche Frage beantworten wollte, daß mittels der "institutionellen Garantien" bestimmte "Institutionen" nicht um ihrer selbst willen, sondern (auch, wie aller Verfassungsinhalt) nur im Rahmen der "grundlegenden Verfassungsprinzipien", und zwar "konnex oder komplementär" zu diesen, gewährleistet sein konnten (123), glaubt Klein, Carl Schmitt habe die konkrete Verknüpfung jeder "institutionellen Garantie" mit jeweils einem bestimmten Freiheitsrecht gemeint (124). Folglich gehen seine Ausführungen insoweit fehl und ist seine Behauptung, er habe die Auffassung Carl Schmitts von den "Konnex- und Komplementärgarantien" "widerlegt" (125), nur sehr begrenzt berechtigt (nur insofern nämlich, als Carl Schmitt dabei allein auf das bürgerlichrechtsstaatliche Prinzip abstellte, nicht aber überhaupt, weil sich Carl Schmitt zu Recht auf die grundlegenden Verfassungsprinzipien stützte); andererseits kommt man, wenn man Kleins Gedanken zum Sachlich-Inhaltlichen (die im Anschluß behandelt werden) zu Ende denkt, grundsätzlich genau zu dem Ergebnis, das Carl Schmitt mit seinen "Konnex- und Komplementärgarantien" tatsächlich anstrebte, so daß Kleins eigenes Bemühen dem Weg Carl Schmitts letztlich genau parallel läuft.

Zwar knüpft Klein ausdrücklich an die zur Weimarer RV aufgestellte

- 121) Wie C. Schmitt ja überhaupt die sachliche Seite gegenüber der herrschenden positivistischen Auffassung betonte.
- 122) a. a. O., S. 86; s. hierzu vor allem die Kritik an Fr. Kleins Auffassung oben in Anm. 93.
- 123) Zwar hat sich C. Schmitt nie ausdrücklich unmittelbar in dieser Form geäußert, jedoch liegt dieser Gedanke seinen allgemeinen Ausführungen zu dieser Frage zugrunde; s. insbesondere das oben in Anm. 34 wiedergegebene Zitat.
- 124) a. a. O., S. 86; soweit sich Fr. Klein auf das oben in Anm. 34 wiedergegebene Zitat C. Schmitts beruft (nur konnex "zu einer allgemeinden Freiheit"), hat er diesen ganz offensichtlich mißverstanden.
- 125) a. a. O., S. 86.

Lehre von den "institutionellen Garantien" an; gleichzeitig stellt er aber fest, daß diese - und zwar "überhaupt", also nicht nur im Hinblick auf das Grundgesetz - "nicht unerheblicher Änderungen und Erweiterungen" bedürfe (126). Auf die von ihm vorgenommene Erweiterung der "Einrichtungsgarantien" durch die "Garantien gesellschaftlicher Sachverhalte" (127) braucht hier nicht eingegangen zu werden, da sie ohne Auswirkungen auf den vorliegend erörterten grundsätzlichen Zusammenhang bleibt (128). Von großer Bedeutung hingegen sind hier seine Ausführungen bezüglich der mannigfachen Rechtswirkungen der Bestimmungen des Grundrechtsteils (129), insbesondere über die "elementaren Verfassungsgrundsätze" oder "Grundentscheidungen der Verfassung" (130) sowie über die "Grundsatznormen" (als eine Form der "Grundsätze des Staatslebens" (131)). In erster Linie interessieren die "elementaren Verfassungsgrundsätze" oder "Grundentscheidungen der Verfassung" (so z.B. die "grundgesetzliche Ge-

126) a. a. O., S. 84.

127) Innerhalb der Einrichtungsgarantien unterscheidet Fr. Klein hinsichtlich des Garantieinhalts nunmehr zwischen (den bisherigen) "Rechtseinrichtungen" und (den neu hinzugekommenen) "gesellschaftlichen Sachverhalten"; letztere werden weiterhin untergliedert in: 1. selbständige Garantien gesellschaftlicher Sachverhalte, 2. Garantien gesellschaftlicher Sachverhalte in Verbindung mit Garantien von Rechtseinrichtungen, 3. Garantien gesellschaftlicher Sachverhalte in Verbindung mit Grundrechten, 4. Garantien gesellschaftlicher Sachverhalte in Verbindung mit Rechtseinrichtungen und Grundrechten (S. 84, 84 ff).
- Mit Recht kritisch gegenüber einer derart weitgehenden Vermehrung der objektiven Bestandsgarantien der Verfassung u. a. G. Dürig bei Th. Maunz - G. Dürig, Grundgesetz, Rdn. 98 zu Art. 1, der in diesem Zusammenhang von einer drohenden "Institutionalisierung großen Stils", zum Schaden der individuellen Freiheitsrechte, spricht. Grundsätzlich ähnlich Chr. Sasse, Problematik, S. 434 ff.

128) Insbesondere bleibt sowohl der Kreis der bisher schon anerkannten "institutionellen Garantien" als auch deren grundsätzliche Problematik hiervon unberührt.

129) a. a. O., S. 78 ff.

130) a. a. O., S. 78/79.

131) a. a. O., S. 86 ff.

währleistung von Grundrechten überhaupt" oder "die wichtigsten einzelnen Grundrechte selbst"), die ranghöchstes Verfassungsrecht darstellen und als solches "einfachen, schlichten" Verfassungsbestimmungen vorgehen oder aber bewirken, daß niederes Verfassungsrecht nur in dem von ihnen gesteckten Rahmen gültig ist (132); mit ihnen kehrt gleichzeitig das wieder, was Carl Schmitt als "Verfassung" im eigentlichen Sinne (im Gegensatz zu den sonstigen einfachen Bestimmungen, den (nur) "Verfassungsgesetzen") bezeichnete (133). Da jedoch die Rechtswirkungen dieser "Grundentscheidungen der Verfassung" "ausschließlich das Verhältnis von höherrangigem zu niederrangigem Verfassungsrecht betreffen", also ohne unmittelbaren Einfluß auf das Recht außerhalb der Verfassung sind (134), braucht Klein zusätzlich zu diesem Begriff den der "Grundsätze des Staatslebens" und (als dessen Unterfall) den der "Grundsatznormen" (135), die - abgesehen von ihrer Eigenschaft als "objektive Rechtssätze des Verfassungsrechts" - gleichzeitig "oberste Rechtssätze von Rechtsgebieten außerhalb des Verfassungsrechts oder der gesamten Rechtsordnung" (136) sind; in letzterem Falle besteht ein Rangverhältnis also zwischen Verfassungsrecht und Recht außerhalb der Verfassung. Konkret bedeutet dies: Ist zunächst durch das Rangverhältnis zwischen "Grundentscheidungen der Verfassung" und "einfachen Verfassungssätzen" (d.h. innerhalb der Verfassung) sichergestellt, daß aller Inhalt der Verfassung eben deren "elementaren Grundsätzen" entspricht, so sorgen die "Grundsatznormen" - in gleicher Weise (137), nur "eine Stufe tiefer" -

132) a. a. O., S. 78/79.

133) So vor allem das oben in Anm. 47 wiedergegebene Zitat.

134) a. a. O., S. 87 und S. 88.

135) a. a. O., S. 87.

136) a. a. O., S. 88.

137) Der von Fr. Klein hier hervorgehobene Unterschied bezüglich der Rechtsfolge (S. 88: die "Grundentscheidungen" führen zu einer ihnen entsprechenden (konformen) Auslegung aller sonstigen, nicht elementaren Verfassungsbestimmungen; die "Grundsatznormen" bewirken "ausschließlich" die Nichtigkeit der ihnen widersprechenden niederrangigen Rechtssätze) dürfte tatsächlich von geringer Bedeutung sein; - s. einerseits O. Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen?, passim, und das BVerfG, E 1, S. 32 ff; andererseits die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über die "verfassungskonforme Auslegung" von Gesetzen, insbes. BVerfG E 2, S. 266 ff.

dafür, daß alles Recht außerhalb der Verfassung ihren (der "Grundsatznormen") Anforderungen und damit mittelbar auch denen der "Grundentscheidungen der Verfassung" genügt; auf diese Weise wird also erreicht, daß alles Recht innerhalb und außerhalb der Verfassung letztlich den "elementaren Verfassungsgrundsätzen" (oder in der Terminologie Carl Schmitts: der "Verfassung" im eigentlichen Sinne) untergeordnet ist. Dabei versteht sich von selbst, daß solche Rangverhältnisse letztlich nur in sachlich-inhaltlicher Beziehung möglich sind, daß folglich eine derartige Betrachtungsweise notwendig eben auf das Sachlich-Inhaltliche abstellen muß, während die frühere positivistische Methode hier zum Scheitern verurteilt wäre (138).

Eine derartige Betrachtungsweise bleibt aber auch nicht ohne Auswirkungen auf die "Einrichtungsgarantien" der Verfassung: Glaubte Klein in seiner früheren Abhandlung noch, sich - rein positiv "wertend" (139) - auf die Feststellung beschränken zu können, daß die Verfassung (mittels der "institutionellen Garantien") bestimmte "Institutionen" gewährleiste, ohne also darüberhinaus im einzelnen noch prüfen zu müssen, ob und inwieweit diese überhaupt den Anforderungen der Verfassung, insbesondere deren grundlegenden Prinzipien, genügten (140), so bringt nun seine gewandelte, sachlich-inhaltlich wertende Methode die Notwendigkeit mit sich, hinsichtlich jeder einzelnen in Betracht kommenden "Institution" auch und gerade diese Frage genau zu untersuchen. Konkret sieht das dann so aus, daß einmal die einzelne, mittels einer "Einrichtungsgarantie" als solche (141) "auf die Ebene des Verfassungs-

-
- 138) Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß Art. 79 III GG die "Grundentscheidungen" des GG ausdrücklich positiviert; denn letztlich ist gerade der Inhalt dieser Vorschrift (z.B. die "Grundsätze" der Art. 1 und 20) nur sachlich erfaßbar.
- 139) Darüber, daß eine "Wertung" nie positiv, formal, sondern immer nur materiell möglich ist, s. z.B. E. v. Hippel, Un- geschriebenes Verfassungsrecht, VVDStL Heft 10 (1952), S. 1 ff, insbes. S. 5/6, S. 16/17, und Zur Problematik der Grundbegriffe des öffentlichen Rechts, in Gedächtnisschrift für W. Jellinek. München 1955, S. 21 ff, insbes. S. 26 ff; E. Kaufmann, Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie, z.B. S. 176 ff, Juristische Relationsbegriffe und Dingbegriffe, insbes. S. 269/70, und Die Gleichheit vor dem Gesetz, S. 247 ff.
- 140) Institutionelle Garantien, S. 129.
- 141) D.h. nur in ihren wesentlichen Bestandteilen, nicht in allen Einzelheiten.

rechts gehobene" "Institution" (gleich "außerverfassungsrechtliche Rechtseinrichtung" (142)) nur insoweit Verfassungsinhalt geworden ist, als sie mit den "Grundentscheidungen der Verfassung" vereinbar ist (143); daß darüberhinaus - da gleichzeitig mit der Schaffung einer "Rechtseinrichtungsgarantie" "auch eine Grundsatznorm desjenigen Rechtsgebiets entsteht, dem die betreffende Rechtseinrichtung angehört" (144), die ihrerseits als "oberste Rechtsnorm" dieses "außerverfassungsrechtlichen Rechtsgebietes" alles ihr entgegenstehende Recht vernichtet (145) - aber auch von den nicht in die Verfassung aufgenommenen (weil für die Einrichtung als solche weniger wichtigen) Bestandteilen nicht alle, sondern nur jene in Geltung bleiben, die sachlich-inhaltlich der betreffenden "Grundsatznorm" entsprechen. Es findet mithin bezüglich jeder einzelnen "Rechtseinrichtung" ein zweifacher "Ausleseprozeß", nämlich sowohl innerhalb der Verfassung als auch außerhalb derselben, statt, der im Ergebnis nur jene Bestandteile übrig läßt, die - mit den Maßstäben der "elementaren Verfassungsgrundsätze" gemessen - für die Verfassungsordnung von besonderem Wert sind (146). - Leider hat es Klein selbst nicht für nötig befunden, seine Gedanken bis zu dieser endgültigen Feststellung und Klärung weiterzuführen - was wesentlich zur Bereinigung der noch immer zahlreichen Unstimmigkeiten gerade zur Frage der "institutionellen Verfassungsgarantien" hätte beitragen können; insbesondere versäumt er es, bei der Behandlung der einzelnen "Einrichtungsgarantien" auf diese Zusammenhänge hinzuweisen oder selbst konkrete Fol-

142) a. a. O., S. 89.

143) Dies folgt aus dem Rangverhältnis "höheres" - "niederes" Verfassungsrecht; s. o..

144) a. a. O., S. 89; grundsätzlich: "Die Grundsatznormen sind Bestandteil der Grundrechtsbestimmungen i. d. R. zusammen mit den darin enthaltenen Gewährleistungen von Grundrechten und (oder) Einrichtungsgarantien" (S. 89).

145) a. a. O., S. 88, und oben im Text.

146) Damit ist als Ergebnis dieser sachlich-inhaltlich wertenden Betrachtungsweise also genau das ermittelt, was sich bereits bei sachgerechter Korrektur und Weiterführung der Lehre C. Schmitts von den "institutionellen Garantien" als lediglich "Konnex- oder Komplementärgarantien" ergeben hätte; s. hierüber auch oben im Text.

gerungen aus ihnen zu ziehen (147). Immerhin hat er grundsätzlich die entscheidenden (sachlich-inhaltlichen) Gesichtspunkte aufgezeigt und damit der Lehre von den "Einrichtungsgarantien" insofern eine sichere verfassungsrechtliche Grundlage gegeben.

- 6) Eine wesentliche Vertiefung - insbesondere in inhaltlicher Hinsicht - hat die überkommene Lehre von den "institutionellen Garantien" in jüngster Zeit durch Untersuchungen Christoph Sasses erfahren, der sich anlässlich der Behandlung der Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Steuerreformen insbesondere auch mit der Problematik der "institutionellen Verfassungsgarantien" befaßte (148). Nachdem er zunächst die Zulässigkeit verfassungsrechtlicher Bestandsgarantien zugunsten konkret vorhandener öffentlichrechtlicher Einrichtungen (149) - und zwar nicht nur in Verbindung mit der Gewährleistung individueller Freiheitsrechte (150) - grundsätzlich bejaht und in diesem Zusammenhang auch der Lehre von den "institutionellen Verfassungsgarantien" im Prinzip zustimmt (151), stellt er - um von vornherein durch die Begrenzung des Kreises solcher Bestandsgarantien auf ein vertretbares, enges Maß einer mißbräuchlichen Verwendung dieser Rechtsfigur entgegenzuwirken - Überlegungen darüber an, welche sachlich-inhaltlichen Voraussetzungen (152) eine öffentlichrechtliche Einrichtung, eine "Institution", erfüllen müsse, um einer der-

-
- 147) S. z.B. die Kommentierung des Art. 28 II GG, a. a. O., S. 704 ff, wo zwar die Gewährleistung der gemeindlichen Selbstverwaltung durch das Grundgesetz als Einrichtungsgarantie charakterisiert, wo aber überhaupt nicht auf die hier erörterte grundsätzliche Problematik verwiesen wird, obwohl angesichts der Unsicherheit der Auslegung hierzu Anlaß gewesen wäre.
- 148) Der genaue Titel: "Die verfassungsrechtliche Problematik von Steuerreformen" (in A.ö.R. 85 (1961), S. 423 ff); über die "institutionellen Garantien" s. insbesondere S. 433 ff.
- 149) Allerdings fehlt bei ihm der Hinweis darauf, daß es sich hierbei notwendig nur um solche Einrichtungen handeln kann, die nur außerhalb der Verfassung konkret existieren; er scheint aber dann doch hiervon auszugehen.
- 150) a. a. O., S. 440/41, unter Hinweis vor allem auf Fr. Klein, ebenso S. 446.
- 151) a. a. O., S. 434 ff, insbes. 438 - 440.
- 152) a. a. O., S. 446/47.

artigen Bestandsgarantie zugänglich zu sein: Da die Verfassung als die auf Dauer angelegte Grundordnung des Staates typischerweise nur die wesentlichen Grundlagen, die obersten Prinzipien, der Gemeinschaftsordnung festlegt, sich also nicht mit augenblicksbedingten und nebensächlichen Fragen befaßt, kommen schon aus diesem Grunde für eine verfassungsrechtliche Bestandsgarantie nur solche Einrichtungen in Betracht, die für die Verfassungsordnung von dauernder besonderer Bedeutung sind; aber auch unter dem Gesichtspunkt, daß in einem demokratischen Staat der Gesetzgeber, dargestellt durch die gewählte Vertretung des gesamten Volkes, genügend Spielraum für eigene Entscheidungen haben muß, können nicht zu viele Dinge bereits durch die Verfassung abschließend geregelt und somit seiner Zuständigkeit entzogen sein, sondern lediglich solche "Einrichtungen", deren Wert für die von der Verfassung konstituierte Gemeinschaftsordnung letztlich für jede mögliche Mehrheit außer Frage steht und die durch ihre Aufnahme in die Verfassung mehr nur dem Streit des Tages oder der Möglichkeit einer unüberlegten Änderung enthoben werden sollen (153). - Waren dies die grundsätzlichen Voraussetzungen, unter denen allein eine verfassungsrechtliche Bestandsgarantie angenommen werden konnte, so mußte nun auch ein konkreter Maßstab gefunden werden, mit dessen Hilfe bezüglich jeder einzelnen öffentlichrechtlichen Einrichtung, die die Verfassung als solche nannte, die Feststellung möglich war, ob die Verfassung diese damit in ihrem Bestand gewährleistete oder nicht.

Da der Weg der bisherigen Lehre, die rein formal unterschieden hatte, hier offenbar nicht zum Erfolg führte (154), sucht Sasse nach geeigneten inhaltlichen Kriterien (155). Ein solches sieht er zunächst darin, daß die "Institution" "in der Wirklichkeit funktioniert": Das Eigentümliche einer "Institution" ist nicht ihr abstraktes "Rechtsnormengefüge", sondern die Tatsache, daß dieses in der Wirklichkeit "zu einem realen, mit Leben erfüllten Ordnungszusammenhang" führt. Dabei erhält dieser Ordnungszusammenhang seine "lebendige Wirksamkeit" aber "nicht aus einer durch seine Struktur künstlich hervorgebrachten Kraft, einem "perpetuum mobile" seiner überpersonalen Apparatur, sondern aus dem Denken und Tun der an und in diesem Ordnungsgefüge tätigen Menschen". "Entscheidendes und distinktives Merkmal der Institution" ist schließlich ihre "Verwurzelung in den Wertvorstellungen und Rechts-

153) a. a. O., S. 438 - 440.

154) a. a. O., S. 444/45.

155) a. a. O., S. 446/47.

überzeugungen ... der im Ordnungszusammenhang der Institution stehen und an ihrer Verwirklichung arbeitenden Menschen" (156). Diese Feststellungen ergeben dann folgende Definition: "Institution im Sinne der Lehre von den verfassungsrechtlichen Gewährleistungen ist ... ein durch öffentlichrechtliche Normen geprägter, in der Wirklichkeit funktionierender Ordnungszusammenhang, dessen Bestand zumindest bei der rechtlichen Etablierung des Staates in hohem Grade als Eigenwert empfunden wird" (157).

Abgesehen von dem Verdienst, daß hier erstmals (158) eine - im Hinblick auf unsere im Grundgesetz enthaltene, wertbestimmte Verfassungsordnung notwendige - sachlich-inhaltliche Erfassung der "Institution" (im Sinne der "institutionellen Verfassungsgarantien") versucht wird, zeigen diese Überlegungen grundsätzlich zutreffend die der "Institution" eigentümliche und ihren Wert ausmachende Wirkungsweise auf; gegen einzelne Folgerungen sowie die abschließende Definition müssen indes Bedenken geltend gemacht werden. Kann einerseits nicht zweifelhaft sein, daß die Verfassung die einzelne "Institution" gewährleistet um des von Sasse aufgezeigten realen Ergebnisses, nämlich des in der Wirklichkeit funktionierenden, als besonderer Wert empfundenen, mit Leben erfüllten Ordnungszusammenhanges willen, so muß andererseits doch klargelegt werden, daß die verfassungsrechtliche Bestandsgarantie unmittelbar nicht diesem Ergebnis - das konkret ja nur tatsächlich existiert und, auch wenn es als solches auf einem Rechtsnormenkomplex beruht, in diesem konkreten, "lebendigen" Bestand nicht rechtlich erfaßt und überhaupt erfassbar ist -, sondern allein seinen Voraussetzungen gelten kann, dem abstrakten Rechtsnormenkomplex nämlich, der dem lebendigen Ordnungszusammenhang zugrunde liegt, ihn in seiner konkreten Gestalt erst "erzeugt" (159) hat (160). Daß das Entschei-

-
- 156) Hieraus ergeben sich dann "Selbstwert" und "Bestandhaftigkeit" der "Institution", S. 447.
- 157) a. a. O., S. 447.
- 158) Diese konkrete Frage hat Fr. Klein nicht untersucht, wenn auch seine oben erörterten Ausführungen einen bestimmten Rahmen abstecken; s. auch Anm. 147.
- 159) Wobei das Verb "erzeugen" jedoch rein kausal und nicht in einem organologischen oder metaphysischen Sinne gemeint ist. Um jedem Mißverständnis in dieser Richtung vorzubeugen, werden im folgenden Bezeichnungen wie "Normengefüge", "Organismus", "selbsttätig", die den Eindruck einer irgendwie gearteten metaphysischen Betrachtungsweise aufkommen lassen könnten,

dende - weil Ursprünglich-Kausale - an dem einzelnen Ordnungszusammenhang (also dem Ergebnis) letztlich doch der diesem zugrunde liegende Rechtsnormenkomplex (also die Voraussetzung) ist, gesteht Sasse selbst ein, wenn er davon spricht, daß die Wirklichkeit von dem Rechtsnormengefüge "geprägt und gestaltet" (161) sei. Deshalb läßt sich auch seine Behauptung: "Seine lebendige Wirksamkeit empfängt dieser Ordnungszusammenhang, wie gegen alle organologischen Deutungen betont werden muß, nicht aus einer durch seine Struktur künstlich hervorgebrachten Kraft, einem "perpetuum mobile" seiner überpersonalen Apparatur, sondern aus dem Denken und Tun der an und in diesem Ordnungsgefüge tätigen Menschen" (162), in dieser Form nicht aufrecht erhalten: Zwar ist Sasse zuzustimmen, soweit er sich gegen eine "organologische Deutung", gegen die Vorstellung einer

tunlichst vermieden oder zumindest in Anführungszeichen gesetzt. - S. in diesem Zusammenhang auch E. Wolfs "Kritik der eherechtlichen Institutionslehre" in E. Wolf - G. Lücke - H. Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, S. 242 - 270; tatsächlich ist heute die "Institution" durch die "Organisation" ersetzt (s. S. 253, unter Hinweis auf A. Gehlen).

- 160) Dies muß insbesondere auch gegenüber den Ausführungen von E.R. Huber, Bedeutungswandel, u. a. S. 62, festgestellt werden; s. hierzu oben Anm. 53.
- 161) a. a. O., S. 447. Wenn Chr. Sasse nicht schon die von dem Rechtsnormenkomplex (er verwendet den Begriff "Rechtsnormengefüge", der hier jedoch aus den oben in Anm. 159 genannten Gründen bewußt vermieden wird) "geprägte und gestaltete Wirklichkeit" als Endergebnis genügen läßt, sondern darüberhinaus verlangt, daß sich diese mit dem Rechtsnormenkomplex "zu einem realen, mit Leben erfüllten Ordnungszusammenhang verbinden (Hervorhebung vom Verfasser) muß", so tut er des Guten zuviel; denn indem der besagte Rechtsnormenkomplex die Wirklichkeit tatsächlich "prägt und gestaltet", steckt er als notwendige Voraussetzung derselben bereits in dieser drin, kann er sich also nicht mehr mit ihr zu etwas anderem, Neuem, "verbinden", sind folglich die von dem Rechtsnormenkomplex "geprägte und gestaltete Wirklichkeit" einerseits und der "reale, mit Leben erfüllte Ordnungszusammenhang" andererseits gerade nicht voneinander verschieden, sondern vielmehr identisch.
- 162) a. a. O., S. 447.

"künstlich hervorgebrachten Kraft" oder eines "perpetuum mobile" wendet (163); jedoch hat er aus folgendem Grunde im Ergebnis Unrecht: Einer jeden echten (164) Rechtsnorm ist eigentümlich, daß sie in ihrer Eigenschaft als verpflichtender "Sollens-Satz" gestaltend auf die Wirklichkeit einwirkt, daß sie also gleichsam "eine eigene Kraft entwickelt", "selbsttätig" wirkt, ohne daß man zur Erklärung dieses Phänomens eine "organologische" Betrachtungsweise bemühen müßte. Nun kann durch eine entsprechende Verbindung und Verschränkung einer Vielzahl von Einzelnormen in einem einheitlichen Normenkomplex diese Wirkungsweise der Norm an sich nicht nur erheblich verstärkt, sondern auch in eine bestimmte Bahn gelenkt werden, und zwar dergestalt, daß dieser Normenkomplex - kraft seiner spezifischen Struktur - geeignet und in der Lage ist, in der Wirklichkeit größere Entwicklungen herbeizuführen, etwa indem er die von dem Normenkomplex betroffenen Personen in umfassender Weise in die Verfolgung eines bestimmten Zieles einspannt. Dies trifft in besonderem Maße zu für die von der Verfassung geschützten "Institutionen", genauer: für die den betreffenden Institutionen zugrundeliegenden Rechtsnormenkomplexe. Daher bedarf es auch nicht der Vorstellung einer "künstlich hervorgebrachten Kraft", sondern lediglich des richtigen Verständnisses der Rechtsnorm - und entsprechend des Rechtsnormenkomplexes -, um feststellen zu können, daß es letzten Endes der einzelnen "Institution" zugrunde liegende Rechtsnormenkomplex ist, der ("selbsttätig") den betreffenden, "mit Leben erfüllten Ordnungszusammenhang" herbeiführt und ohne den "Denken und Tun der an und in diesem Ordnungszusammenhang tätigen Menschen", die den Wert der Institution ausmachen, nicht existierten. Gerade diese für jede Rechtsnorm charakteristische und bei einem entsprechend strukturierten Komplex von Rechtsnormen besonders ausgeprägte, gleichsam "selbsttätige" Wirkungsweise kennzeichnet also die von der Verfassung garantierte "Institution". - Das Wesen der von der Verfassung gewährleisteten "Institutionen" ist damit jedoch noch nicht erschöpfend charakterisiert, da der Verfassungsschutz sich letztlich immer auf einen bestimmten Inhalt bezieht, ein Rechtsnormenkomplex "an sich" (165) aber zunächst etwas rein Funktionales und somit typischerweise Wert-

163) s. o. Anm. 159.

164) Damit sollen jene Bestimmungen ausgeschieden werden, die z. B. lediglich einen Begriff definieren oder ansonsten keine "selbständige" Bedeutung haben.

165) D. h. vorausgesetzt, daß es überhaupt möglich ist, das eine (die Norm) vom anderen (dem Inhalt) zu trennen; denn die Norm

neutrales darstellt, also keinen Eigenwert hat, sondern lediglich als "Werkzeug" bestimmte, außer ihm selbst liegende Werte verwirklichen hilft. Vielmehr muß als weiteres Merkmal hinzukommen, daß der betreffende Rechtsnormenkomplex für die konkrete Verfassungsordnung besonders wichtig und wertvoll ist, indem die ihm eigentümliche Wirkungsweise speziell den Zielen der Verfassung dient, die Prinzipien und Werte der Verfassung verwirklichen hilft. Diese inhaltliche Bedeutung ist von Sasse gemeint, wenn er ausführt: "Verfassungsrechtlich gewährleistungsfähige Institutionen müssen für das So-Sein der Staats- und Rechtsordnung einen konstitutiven und als solchen empfundenen Eigenwert darstellen", - mit der Folge, daß ein Angriff gegen sie nicht ohne gleichzeitige "Verletzung der Identität der Verfassungsordnung" möglich ist (166).

Abschließend können unter Verwendung der von Sasse - unmittelbar und mittelbar - aufgezeigten wesentlichen Gesichtspunkte diejenigen öffentlichrechtlichen Einrichtungen, die einer Bestandssicherung durch die Verfassung zugänglich sind, d.h. die "Institutionen" im Sinne der Lehre von den "institutionellen Garantien", etwa wie folgt charakterisiert werden: Es müssen öffentlichrechtliche Rechtsnormenkomplexe sein, die für die betreffende Verfassungsordnung deshalb von besonderem Wert sind, weil sie in ihrer spezifischen Wirkungsweise speziell den Zielen der Verfassung dienen. Konkret geschieht dieses in der Weise, daß sie die an und in der betreffenden "Institution" tätigen Personen über den in Frage stehenden Sachbereich mittelbar in den Dienst der Ziele der Verfassung einspannen und somit zur Verfassung hin erziehen (167). - Zwar hat Sasse damit Recht, daß wesent-

ist "Norm" i.S.v. "verpflichtendem Sollens-Satz" ja erst durch ihren Inhalt (hierüber s. vor allem E. v. Hippel, Ungeschriebenes Verfassungsrecht, passim, insbes. S. 2, 6, 9). Hier sei diese Aufspaltung jedoch gestattet, um die zumindest konstruktiv nebeneinander vorhandenen Bestandteile aufzuzeigen.

166) a. a. O., S. 447.

167) Dieses ließe sich anhand der verschiedenen, z.B. im Grundgesetz gewährleisteten "Institutionen" unschwer nachweisen. Zwar muß im Rahmen der vorliegenden Abhandlung auf eine Darstellung im einzelnen verzichtet werden, jedoch seien kurz folgende Beispiele genannt: Der Freiheitlichkeit dienen etwa die Einrichtungen eines unabhängigen Richtertums (Art. 97 i.V.m. Art. 92) und der akademischen Selbstverwaltung (Art. 5 Abs. 3); dem Sozialen (in dem oben unter B III dargelegten Sinne = Gemein-

lich für ein gutes "Funktionieren" der einzelnen "Institutionen" in der Wirklichkeit letzten Endes die tätige Anteilnahme und überzeugte Mitarbeit der betroffenen Personen ist; andererseits übersieht er aber, daß es zunächst einmal doch das Wirken des Rechtsnormenkomplexes ist, das erst zu solcher tätigen Anteilnahme hinführt und somit ursächlich für den schließlich entstehenden, "mit Leben erfüllten Ordnungszusammenhang" ist. Allerdings setzt ein derart erfolgreiches Funktionieren der einzelnen "Institutionen" zunächst ein Mindestmaß an freiwilliger Mitarbeit voraus; das gilt jedoch nicht nur für die von der Verfassung mittels einer "institutionellen Garantie" gewährleisteten öffentlichrechtlichen Rechtsnormenkomplexe, sondern für die Verfassung als "rechtliche Grundordnung des Staates" (168) überhaupt.

schaftsklausel, Verantwortung für das Wohl aller einzelnen) die staatliche Schulaufsicht (Art. 7) und das Berufsgeamtentum (Art. 33 Abs. 5); dem Demokratischen die Einrichtung der politischen Parteien (Art. 21 - wobei allerdings zu beachten ist, daß das Grundgesetz in Art. 21 selbst eine Teilregelung dieser "Einrichtung" enthält und daß insoweit, ähnlich wie bei der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung durch Art. 28 Abs. 2 S. 1 Grundgesetz (s. u.), keine "Institution" im Sinne der "institutionellen Garantie" vorliegt). - Wie oben unter B III im einzelnen ausgeführt wurde, dienen die (drei) Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes gleichermaßen ein und demselben Ziel, auch wenn sie in ihrer konkreten Ausgestaltung mitunter einander entgegenwirken. Es ist daher nicht zu verwundern, daß die verschiedenen gewährleisteten "Institutionen" selten allein einem, sondern meistens gleichzeitig mehreren von ihnen dienen. - Daß bei der im Text vertretenen Auffassung von den "institutionellen Garantien" die in Frage kommenden "Institutionen" teilweise in einem anderen Licht erscheinen als bisher, indem wegen der hier angenommenen Maßstäbe manche Bestandteile sich als "wesentlich" herausstellen, die bisher als mehr am Rande liegend angesehen wurden - und umgekehrt, liegt auf der Hand. Eine solche Umorientierung erscheint angesichts der grundlegenden Entscheidung unserer Verfassung (Art. 1 und 20 i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG) für die oben unter B III näher erläuterten Prinzipien des freiheitlichen, sozialen und demokratischen Staates aber unausweichlich.

168) So W. Kägi, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, passim.

- 7) Mit dieser Stellungnahme zu den Untersuchungen Sasses ist gleichzeitig die Problematik der "institutionellen Verfassungsgarantien" (169) im Wesentlichen erschöpft und sind die einzelnen Punkte - soweit dies erforderlich schien - geklärt und richtiggestellt worden. Offen geblieben ist indes noch immer die Frage, die oben bereits mehrfach angeschnitten, jedoch von keinem der genannten Autoren im einzelnen erörtert wurde (170): Auf welchem Wege und anhand welcher Maßstäbe werden im Einzelfall die für eine bestimmte "Institution" wesentlichen und somit für den einfachen Gesetzgeber unantastbaren Bestandteile ermittelt und von den nur nebensächlichen, nicht typischen abgegrenzt? Da die geschriebene Verfassung die von ihr garantierten "Institutionen" (mit ihren wesentlichen und nebensächlichen Merkmalen) weder selbst schafft noch zumindest näher festlegt, läßt sich ihr hierauf keine unmittelbare Antwort entnehmen; vielmehr verweist sie - indem sie jene lediglich als solche nennt und damit ihr konkretes Vorhandensein außerhalb ihrer selbst voraussetzt - insoweit grundsätzlich auf die jeweils bereits existenten, historisch gewordenen "Institutionen" und zwingt die Verfassungsauslegung folglich dazu, zunächst auf den "historischen Bestand" der einzelnen "Institution" zurückzugehen und aus ihm deren "Wesen" zu ergründen. Hier muß nun aber folgendes beachtet werden: Da einmal die einzelne überkommene "Institution" keineswegs notwendig unverändert, sondern in jedem Falle nur insoweit fortbesteht, als sie inhaltlich mit der (neuen) Verfassung vereinbar ist, deren Anforderungen entspricht (171), zum anderen auch dieser verbliebene (der Verfassung gemäße) Bestand nicht in allen Teilen, sondern nur insoweit von der Verfassung garantiert sein kann, als er mit deren Maßstäben gemessen besonders wertvoll und schutzwürdig ist (172), genügt

-
- 169) Und zwar bisher unabhängig vom Grundgesetz, so, wie sie sich bereits im Verfassungsrecht der Weimarer RV stellte!
- 170) Zur Verteidigung Chr. Sasses muß allerdings gesagt werden, daß er im Rahmen seiner Untersuchung hierzu keinen Anlaß hatte.
- 171) S. hierzu die oben wiedergegebenen Ausführungen Fr. Kleins in seiner Kommentierung des Grundgesetzes sowie die Stellungnahme des Verfassers dazu.
- 172) Insoweit zu Unrecht a. A. Chr. Sasse a. a. O., S. 437, wonach die Verfassung, konkret das Grundgesetz, "im Rahmen des rechtlich und tatsächlich Möglichen die Erhaltung jedweder faktischen oder juristischen Situation" hätte anordnen können. Gerade die Berufung auf den extremen Relativisten C. Schmitt zeigt die Zweifelhaftheit dieses Standpunktes, denn

nicht schon die Feststellung des "historischen Bestandes" und hier speziell der (historischen) "wesentlichen" Merkmale der betreffenden "Institution", sondern es muß - da letztlich eben die Verfassung darüber entscheidet, was für sie besonders wichtig ist, ohne daß sie dabei in irgendeiner Weise an die von ihr vorgefundenen Zustände gebunden wäre (173) - darüberhinaus untersucht werden, welche Teile dieses "historischen Bestandes" unter Zugrundelegung der Maßstäbe der Verfassung, deren oberster Prinzipien, "wesentlich" und welche nur nebensächlich sind. Die Feststellung des unantastbaren "Wesens" der verschiedenen, von der Verfassung als solche gewährleisteten "Institutionen" führt also zunächst notwendig über die Klärung ihres "historischen Bestandes", wobei dieser jedoch noch nicht das Endergebnis, sondern lediglich eine Zwischenstufe auf dem Wege zum Endergebnis darstellt, indem innerhalb dieses "historischen Bestandes" nunmehr mit Hilfe der Maßstäbe der Verfassung differenziert und (im Hinblick auf die Verfassung) das "Wesentliche" der betreffenden "Institution" ermittelt wird.

Daß auf diesem Wege praktisch mitunter große Schwierigkeiten auftreten, liegt vor allem daran, daß durchaus nicht alle für eine verfassungsrechtliche Bestandsgarantie in Betracht kommenden "Institutionen" - und zwar sowohl in ihrer allgemeinen Erscheinungsform als auch bezüglich ihrer einzelnen Bestandteile - im Zeitpunkt der Verfassungsgebung in ihrem überkommenen Bestand derart gefestigt und eindeutig waren, daß sich ihr "historisches" "Wesen" ohne weiteres bestimmen ließe; so haben sich bei nahezu sämtlichen überlieferten "Institutionen", insbesondere bei den "älteren" unter ihnen (174), im

von diesem stammt auch der Ausspruch: "Jede politische Einheit hat ihren Wert und ihre "Existenzberechtigung" nicht in der Richtigkeit oder Brauchbarkeit von Normen, sondern in ihrer Existenz. Was als politische Größe existiert, ist, juristisch betrachtet, wert, daß es existiert" (Verfassungslehre, S. 22). S. hierzu auch oben Anm. 17 und 21. - Das Grundgesetz konnte als bewußt wertorientierte Ordnung jedoch nicht "jedwede faktische Situation" gewährleisten, sondern nur solche Rechtsnormenkomplexe, die nach seinen Maßstäben besonders wertvoll waren.

- 173) S. hierzu die grundsätzlichen Ausführungen oben im einleitenden Teil unter B I.
- 174) Das sind insbesondere die "gemeindliche Selbstverwaltung" sowie das "Berufsbeamtentum".

Laufe ihrer Entwicklung - und zwar jeweils entsprechend den veränderten Zielsetzungen innerhalb des Staates (175) - Inhalt und Zielsetzung mehrfach (und z. T. erheblich) gewandelt (176), so daß oft kein

-
- 175) Wobei "Staat" umfassend gemeint ist etwa i.S.v. "die Gesamtheit aller Erscheinungen des öffentlichen Lebens", d. h. insbesondere einschließlich der Entwicklungen innerhalb der Sphäre der - dem "Staat" im engeren Sinn entgegengesetzten - "Gesellschaft".
- 176) Dies läßt sich insbesondere am Beispiel der "gemeindlichen Selbstverwaltung" sehr anschaulich demonstrieren, wobei die Entwicklung allerdings nur in groben Zügen aufgezeichnet werden kann: Der Begründer der modernen gemeindlichen Selbstverwaltung, der Reichsfreiherr vom Stein (die nach ihm benannte preußische Städteordnung wurde durch königliche Kabinettsordre vom 19. November 1808 in Kraft gesetzt), war durchaus noch überzeugter Anhänger des aufgeklärten Absolutismus (er kann daher auch weder als Vorkämpfer des Liberalismus noch als Wegbereiter des demokratischen Prinzips angesehen werden); so ließ er die Stellung des Monarchen als des allein berufenen Trägers staatlicher Macht unangetastet, doch mußte sich dieser dadurch legitimieren, daß er die Verantwortung für das allgemeine Wohl trug. Der Monarch war also in erster Linie nicht (berechtigter) Herrscher, sondern (verpflichteter) Diener im Staat. Entsprechend sah v. Stein den Status des zur gemeindlichen Selbstverwaltung aufgerufenen Bürgers: Der durch die absolute Herrschaft des Monarchen und seines Beamtenapparates dem Staat entfremdete Untertan sollte - und zwar zum Nutzen des Staates - über die Teilnahme an der Erfüllung der Aufgaben der örtlichen Gemeinschaft zur interessierten und aktiven Mitarbeit auch im Staate gewonnen und zu "Gemeinsinn" erzogen werden. Mit der Gewährung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden war also keine Freistellung der Bürger vom Staat beabsichtigt, d.h. der Staat - verkörpert durch den Monarchen - räumte seinen Bürgern die mit dem Selbstverwaltungsrecht verbundene Freiheit nicht um ihrer selbst willen ein, sondern lediglich als Mittel zum Zweck der Gewinnung der Bürger für die Mitarbeit im Staat. - Das nach Freiheit und Eigenständigkeit strebende Bürgertum dagegen sah das ihm gewährte Selbstverwaltungsrecht als willkommene Möglichkeit an, sich zumindest teilweise der Vormundschaft des Staates zu entziehen. Diese Entwicklung wurde maßgeblich gefördert durch den wachsenden Einfluß liberalen Gedankengutes, der schließlich - genau

einheitlicher "historischer Bestand" feststellbar ist. In diesen Fällen kann sich die Auslegung letztlich nur damit helfen, daß sie die zweite

im Gegensatz zu den Absichten v. Steins - dazu führte, daß das Bürgertum die lediglich als unterste Stufe und weiterhin Teil der Staatsverwaltung gedachte gemeindliche Selbstverwaltung als angeblich Teil der "freien Gesellschaftssphäre" gänzlich für sich beanspruchte mit der Folge, daß sich die Gegenüberstellung des Bürgertums zum Staat nur noch verschärfte. Hier wurde also die freiheitliche (auch i.S.v. demokratische) Komponente des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts als das Typische und Wesentliche angesehen und die Selbstverwaltung folglich in einen schroffen Gegensatz zum (noch immer absolut regierten) Staat gebracht. - Demgegenüber hatte die von Rudolf v. Gneist verfochtene Selbstverwaltungs-idee - insoweit mit der Absicht v. Steins verwandt, wenn auch von einem liberalen Standpunkt aus - zum Ziele, wieder eine Verbindung zwischen der "freien Gesellschaftssphäre" und dem Staat zu schaffen, indem das Bürgertum über die Einrichtung einer ehrenamtlich zu versiehenden Verwaltung öffentlicher Aufgaben auf der Gemeindeebene unmittelbar an der Staatsverwaltung beteiligt und auf diese Weise an den Staat herangeführt werden sollte. Diese (sog. politische) Selbstverwaltung berücksichtigte zwar auch die Belange der "freien Gesellschaft", gab ihnen jedoch keineswegs den Vorrang vor denen des Staates, so daß ihr wesentliches Merkmal ein Ausgleich der beiderseitigen Interessen bei einem Übergewicht der Notwendigkeiten des Staates war. - Solange sich das Kommunalverfassungsrecht gegenüber dem Staatsverfassungsrecht durch größere Freiheitlichkeit, insbesondere durch das Recht der örtlichen Gemeinschaft, ihre Organe selbst zu wählen (daher das Schlagwort "Selbst-Verwaltung"), auszeichnete, wurde die freiheitliche Komponente einseitig als das für das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht Charakteristische angesehen. Mit der Einführung des demokratischen Prinzips auch in das Staatsverfassungsrecht ("Selbst-Verwaltung" des Staatsvolks) schien es daher zunächst, als habe eine gesonderte gemeindliche "Selbstverwaltung" ihren Sinn verloren. Erst allmählich wurde dann ihre typische, und zwar umfassendere, Aufgabe erkannt, die sich aus der eigentümlichen Stellung der engeren, überschaubaren örtlichen Gemeinschaft zwischen dem einzelnen Bürger einerseits und dem Staat andererseits ergibt: nämlich Mittlerin zwischen beiden zu sein und einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Interesse an örtlicher Eigenständigkeit auf der einen und den staatlichen Notwendigkeiten auf der anderen Seite zu ermöglichen.

Stufe, nämlich die Prüfung und Bewertung des (normalerweise bereits eindeutig geklärten) historischen Bestandes anhand der Maßstäbe der Verfassung, vorverlegt mit in die Ermittlung des historischen Bestands: Da die Verfassung auch in den Fällen, in denen der historische Bestand einer "Institution" eindeutig feststellbar ist, diesen nur insoweit in ihren Schutz einbezieht, als er nach ihren Maßstäben wertvoll ist, dürfen - weil dies in der Sache nichts änderte - notfalls bereits im Rahmen der Ermittlung des historischen Bestands alle jene Bestandteile, die vom Standpunkt der Verfassung aus nebensächlich (177) sind, aus der weiteren Erörterung ausgeschieden werden; das bedeutet dann, daß bereits in diesem Stadium das Endergebnis gefunden wird, indem schon hier nur jene Bestandteile der betreffenden "Institution" übrig bleiben, die für die Verfassung wichtig sind. Bleiben schließlich auch hier noch Widersprüche, so rechtfertigt das jedoch keine weitere Sichtung; vielmehr müssen diese dann als von der Verfassung so gewollt hingenommen werden (178). - Aber auch dann, wenn sich der "historische Bestand" einer "Institution" eindeutig feststellen läßt und folglich (als "zweite Stufe") nur noch geklärt werden muß, welche Merkmale dieses historischen Bestands im Hinblick auf die Verfassung und speziell deren oberste Prinzipien "wesentlich" sind, sind weitere Schwierigkeiten nicht ausgeschlossen (179). Abgesehen davon, daß diese Prüfung von vornherein nur möglich ist, wenn vorher die notwendigen

-
- 177) Erst recht natürlich alles das, was der Verfassung widerspricht; s. hierzu die Erörterung der Ausführungen Fr. Kleins in der Kommentierung des Grundgesetzes oben im Text.
- 178) Wie ja die Verfassung noch zahlreiche andere "Widersprüche" kennt (über die Gegensätzlichkeit z.B. einmal des freiheitlichen, zum anderen des sozialen Prinzips des Grundgesetzes s. oben unter B III); hier ist dann die Verfassungsauslegung verpflichtet, einen angemessenen Ausgleich herbeizuführen, wobei durchaus ein gewisser Spielraum nach beiden Seiten bestehen kann. - Gerade dem Charakter der Verfassung als nur (im quantitativen Sinn) Grundordnung entspricht es, daß sie lediglich fundamentale Dinge festlegt und ansonsten den zuständigen Staatsorganen ausreichend Spielraum für freie eigene Gestaltung beläßt (s. hierzu auch oben im Text).
- 179) Das Gleiche (nämlich die Möglichkeit weiterer Schwierigkeiten innerhalb der "zweiten Stufe") gilt natürlich für den oben behandelten Fall, in dem die "zweite Stufe" bereits mit in die "erste Stufe" verlegt wurde.

Maßstäbe, nämlich die grundlegenden Prinzipien und Ziele der Verfassung, feststehen - auch hier gehen die Meinungen auseinander (180) -, können Zweifel bezüglich solcher Bestandteile auftauchen, die sowohl im Sinne der Verfassung als auch in anderer Richtung zu "funktionieren" geeignet sind (181). Hier wird es für die Entscheidung darauf ankommen, inwieweit dieses "Funktionieren" in (äußerstenfalls) verfassungsfeindlichem Sinne auch im Zusammenwirken mit den übrigen, eindeutigen Bestandteilen möglich ist oder aber durch die anderen gerade verhindert wird, so daß als einzig mögliche Funktionsweise die im Sinne der Verfassung übrig bleibt. Schließlich kann sich eine Unsicherheit daraus ergeben, daß eine "Institution" mit einigen Bestandteilen des ihr zugrundeliegenden Rechtsnormenkomplexes dem einen, mit anderen Bestandteilen einem anderen (in der Wirkungsweise u. U. entgegengesetzten) Verfassungsprinzip dient, ohne daß sich mit Gewißheit ein bestimmtes Rangverhältnis feststellen ließe, das gegebenenfalls das Ausscheiden der einen (oder anderen) Bestandteile aus dem Verfassungsschutz bewirkte. Da dieser gleiche Fall jedoch auch innerhalb der Verfassung selbst mehrfach vorliegt (182), muß er hier wie dort dahin entschieden werden, daß diese Gegensätze offenbar von der Verfassung gewollt sind und daß die Verfassungsauslegung folglich verpflichtet ist, hier einen Ausgleich herbeizuführen; für die verschiedenartigen Bestandteile der betreffenden "Institution" bedeutet dies, daß sie als gleichermaßen "wesentlich" anzusehen sind und folglich auch gleichermaßen unter dem Schutz der Verfassung stehen.

Die Ergebnisse dieser ergänzenden Erörterung zur Problematik der "institutionellen Verfassungsgarantien", die unter Anknüpfung an die zur Weimarer-RV entwickelte Lehre und unter Verwertung der von Friedrich Klein und Christoph Sasse aufgezeigten Gesichtspunkt gewonnen wurden, lassen sich abschließend etwa wie folgt zusammen-

-
- 180) Hier sei nur beispielsweise auf das oben unter B III behandelte Schrifttum zum "demokratischen und sozialen Rechtsstaat" hingewiesen.
 - 181) Diese Gefahr ist besonders offensichtlich z.B. bei gewissen Bestandteilen des vom monarchischen Staat übernommenen Berufsbeamtentums; sie besteht aber auch bei "jüngeren", der liberalen Epoche etwa entstammenden "Institutionen".
 - 182) Als Beispiel sei hier wiederum lediglich der Gegensatz zwischen dem freiheitlichen Prinzip einerseits und dem sozialen andererseits genannt; Einzelheiten hierzu oben unter B III.

fassen: Eine "institutionelle Verfassungsgarantie" liegt vor, wenn die Verfassung eine überkommene, nur außerhalb ihrer selbst konkret vorhandene öffentlichrechtliche Einrichtung, die sich durch die spezifische Wirkungsweise des ihr zugrundeliegenden Rechtsnormenkomplexes im Sinne der Ziele der Verfassung auszeichnet, erkennbar als solche in ihren Schutz einbezieht, gewährleistet, mit der Folge, daß dieser Rechtsnormenkomplex insoweit, als er eben den Zielen der Verfassung in besonders hervorragender Weise zu dienen geeignet ist, nicht vom einfachen Gesetzgeber geändert oder gar beseitigt werden kann.

- 8) Nachdem der für die systematische Erfassung der Weimarer RV entwickelte Begriff der "institutionellen Garantie" - soweit erforderlich - derart richtiggestellt und vervollständigt worden ist, stellt sich nun die Frage, ob und inwieweit diese Rechtsfigur auch bei der Auslegung des Grundgesetzes Verwendung finden kann. Hier sei zunächst vermerkt, daß einer Übernahme des so verstandenen Begriffs der "institutionellen Garantie" keine grundsätzlichen Bedenken entgegenstehen, weil einmal das Grundgesetz in Aufbau und Inhalt prinzipiell an die Weimarer RV (183) anknüpft, sich von dieser also nur graduell, nicht artmäßig unterscheidet, zum anderen die bei der Auslegung der Weimarer RV (wie festgestellt, schon damals sehr zu Unrecht) stark vernachlässigten sachlich-inhaltlichen Gesichtspunkte bei der oben erarbeiteten Charakterisierung der "institutionellen Garantie" maßgeblich berücksichtigt wurden. So beruht die teilweise Ablehnung dieser Rechtsfigur für die Auslegung des Grundgesetzes auch nicht auf derart grundsätzlichen, sondern auf differenzierteren Einwänden. - Gegen eine Wiederverwendung dieses Begriffs im Verfassungsrecht des Grundgesetzes läßt sich jedoch folgendes geltend machen: Nicht zuletzt auf Grund der schlechten Erfahrungen, vor allem der Unsicherheit, bei der Auslegung der Weimarer RV waren die "Väter" des Grundgesetzes bemüht, diesem eine strengere, juristisch besser faßbare Form zu geben (184). Dies gilt insbesondere für die Grund-

183) Genauer: an das ihm mit der Weimarer RV gemeinsame Vorbild einer liberalen Verfassung - wenn beide durch die Berücksichtigung sozialen Gedankengutes dieser gegenüber auch erheblich modifiziert waren. C. Schmitt spricht in diesem Zusammenhang von der liberalen Verfassung als der einzig als "Verfassung" anerkannten, der "Idealverfassung" (Verfassungslehre, S. 36 ff, insbes. S. 37/38).

184) S. z.B. K.B. v. Doemming - R.W. Füsslein - W. Matz, Ent-

rechte des Grundgesetzes, die in mehrfacher Hinsicht positiv abgesichert wurden, sowie für die ausdrückliche Hervorhebung der grundlegenden Verfassungsprinzipien. Speziell für die hier behandelte Frage der Verwendbarkeit des Begriffs der "institutionellen Garantie" im Verfassungsrecht des Grundgesetzes sind diese Verbesserungen gegenüber Weimar deshalb von großer (wenn auch nur mittelbarer) Bedeutung, weil mit ihnen das Grundgesetz gleichzeitig jene Streitpunkte und Zweifelsfragen, die in Weimar überhaupt erst zu dieser Rechtsfigur führten, eindeutig entscheidet: Zunächst stellt das Grundgesetz klar, daß seine Bestimmungen - abgesehen von ihrer zwar weniger volkstümlichen, dafür aber juristisch deutlicheren Formulierung (185) - grundsätzlich nicht lediglich "Programm" sind, bezüglich dessen rechtlicher Tragweite und insbesondere Verbindlichkeit gegenüber dem Adressaten Zweifel aufkommen könnten, sondern unmittelbar geltendes Recht darstellen. Dann wird die Frage nach dem Verhältnis der Verfassung zum (einfachen) Gesetz dahin beantwortet, daß die Verfassung - und zwar durch ihren grundlegenden Inhalt bedingt - dem Gesetz übergeordnet ist, daß folglich die Befugnisse des Gesetzgebers - formell wie materiell - an den Schranken der Verfassung enden, daß insbesondere auch ein in der Verfassung enthaltener Vorbehalt zugunsten des Gesetzgebers diesen niemals ermächtigt, die betreffende Verfassungsbestimmung wesentlich abzuändern (so positiviert Art. 1 III die unmittelbare rechtliche Geltung der Grundrechte sowie die Bindung (auch) des Gesetzgebers an diese und verbietet Art. 19 II dem Gesetzgeber die Antastung des Wesensgehaltes, wo er auf Grund eines Gesetzesvorbehalts zur Einschränkung eines Grundrechts befugt ist). Schließlich werden auch die - für die Weimarer RV vom größeren Teil der Lehre noch völlig geleugneten - Rangverhältnisse innerhalb der Verfassung durch die Heraushebung der grundlegenden und als solche unabänderlichen Verfassungsprinzipien in Art. 79 III i.V.m. den Art. 1 und 20 geklärt, - womit in der Sache die Unterscheidung Carl Schmitts zwischen der "Verfassung" im eigentlichen Sinne und den

stehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, J.ö.R., N. F. Bd. 1, 1951, Vorbemerkung zu den Grundrechten (S. 42/43) und Entstehung des Art. 19 (insbes. S. 177 ff); H. v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Vorbemerkung zu den Grundrechten (S. 36 - 38).

- 185) S. hierzu die herbe Kritik bei W. Weber, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, S. 15, die jedoch in dieser Form einseitig und ungerechtfertigt ist.

(nur) "Verfassungsgesetzen" übernommen wird (186).

Für die Rechtsfigur der "institutionellen Garantie" bedeutet das konkret: Soweit sie lediglich den Sachverhalt bezeichnet, daß der Gesetzgeber an die im Verfassungstext zum Ausdruck kommenden (und zwar letztlich wertbedingten, folglich auch nur sachlich-inhaltlich zu erfassenden) Entscheidungen der Verfassung gebunden ist und daß er diese auch dort respektieren muß, wo die Verfassung ihn durch einen Gesetzesvorbehalt ermächtigt, auf ihren Inhalt Einfluß zu nehmen, wäre sie durch die positiven Normen des Grundgesetzes überholt und nunmehr überflüssig: Zwar können die Art. 1 III und 19 II, da sie ausdrücklich nur für die "Grundrechte" im Sinne "individueller Freiheitsrechte" gelten, auf die von der Verfassung gewährleisteten öffentlichrechtlichen Einrichtungen nicht unmittelbar angewandt werden, denn diese unterscheiden sich (wie von Carl Schmitt aufgezeigt und oben dargelegt) grundsätzlich von den individuellen Freiheitsrechten, indem sie der "prinzipiell begrenzten" Sphäre des Staates zugerechnet werden müssen und als solche gerade nicht "natürlich" vorhanden sind, sondern erst auf Grund und nach Maßgabe entsprechender Rechtsätze konkret existieren (186a); dennoch sind sie auch hier deshalb von

186) S. z.B. Th. Maunz und G. Dürig in Th. Maunz - G. Dürig, Grundgesetz, Rdn. 24 zu Art. 79.

186a) Ein derartiger grundsätzlicher Unterschied zwischen individuellen Freiheitsrechten einerseits und auf staatlichen Normen beruhenden Einrichtungen andererseits wird neuerdings von P. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 237 ff, bestritten. Nach P. Lerche stellt im Gegenteil (auch) die von der Verfassung garantierte "individuelle Freiheit" insofern eine "Einrichtung" im Sinne der "institutionellen Garantien" dar, als in der Gemeinschaft individuelle Freiheit tatsächlich nicht abstrakt, sondern nur konkret geschützt werden kann: "Gewiß ist die "Freiheit als solche" keine "Einrichtung", wohl aber ihre staatliche Anerkennung und Gestaltung, ihr gesetzgeberisches Begreifen und Schützen, und gerade dies kann verfassungsgesetzlich seinerseits garantiert werden ... Die Fülle dieses jeweiligen (und zwar unterverfassungsgesetzlichen) Normencomplexes, auf ihre typischen und charakteristischen Züge zurückgeführt, das ist das, was als "Institut" bezeichnet werden darf ... " Speziell hinsichtlich der Auslegung des Art. 19 Abs. 2 GG folgt dann die Feststellung: "Nicht auf das Geschützte (= Freiheit), sondern auf das typisch Schützende (=Nor-

unmittelbarer Bedeutung, weil in ihnen der als solcher allgemeingültige Grundsatz von der Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung positiv anerkannt wird. - Ebenso macht die ausdrückliche Hervorhebung der grundlegenden Verfassungsprinzipien in Art. 79 III i.V.m. den Art. 1 und 20, denen der Inhalt der gesamten Verfassung sachlich untergeordnet ist, den oben entwickelten Begriff der "institutionellen Garantie" insoweit entbehrlich, als dieser feststellt, daß die von der Verfassung garantierten "Institutionen" diesen Verfassungsprinzipien dienen müssen(187). - Nicht durch das Grundgesetz über-

menkomplex) zielt Art. 19 Abs. 2 GG" (a. a. O., S. 240 - 242). Nach dieser Auffassung dient die verfassungsrechtliche Verbürgung individueller Freiheit in den Grundrechten unmittelbar also nicht dem Gut "Freiheit", sondern der Absicherung der bereits vorhandenen, die einzelnen Freiheitsrechte schützenden Normenkomplexe. - Es kann hier zu dieser (wenn vielleicht auch nicht im praktischen Ergebnis, so doch im Ausgangspunkt gegebenen) "Denaturierung" der verfassungsrechtlichen Freiheitsverbürgungen zu "institutionellen Garantien" der die einzelnen Freiheitsrechte schützenden Normenkomplexe sowie zu den weiteren, in diesem Zusammenhang von P. Lerche angeschnittenen Fragen nicht im einzelnen Stellung genommen werden. Es sei jedoch auf die Gefahren hingewiesen, die sich aus dem Ausgangspunkt dieser Auffassung ergeben, indem - abgesehen davon, daß hier das bereits Vorhandensein einer optimal freiheitlichen unterverfassungsgesetzlichen Rechtsordnung vorausgesetzt wird - über der Beschäftigung mit dem "Schützenden" das "Geschützte" selbst, nämlich die Freiheit, leicht zu kurz kommt: Da sich das die "Freiheit" Kennzeichnende, eben das Freisein i.S.v. Ungebundenheit bis zur Möglichkeit der Willkür, einer erschöpfenden Regelung gerade entzieht, kann niemals von der Regelung der Freiheit in dem jeweiligen Normenkomplex auf die betreffende Freiheit geschlossen, sondern muß immer wieder von der Freiheit selbst ausgegangen werden. - S. auch die Kritik Chr. Sasses bezüglich einer ähnlichen Entwicklung, in A.ö.R. 85 (1961), S. 434 ff, insbes. S. 436.

- 187) In diesem Sinne etwa auch G. Dürig bei Th. Maunz - G. Dürig, Grundgesetz, Rdn. 98 zu Art. 1, wenn er ausführt, daß es "freilich möglich wäre", gegen die Lehre von den Einrichtungsgarantien insgesamt Stellung zu beziehen, "weil ihr ursprüngliches verfassungsrechtliches Anliegen (gegenüber einem im Zeichen des Gesetzespositivismus allmächtigen Gesetz-

holt ist die Rechtsfigur der "institutionellen Garantie" jedoch bezüglich ihres eigentlich charakteristischen Merkmals, das sie von den sonstigen Festlegungen der Verfassung unterscheidet: Daß nämlich mit ihr die Verfassung eine öffentlichrechtliche Einrichtung gewährleistet, die sie nicht selbst geschaffen oder auch nur im einzelnen geregelt, sondern die sie bereits vorgefunden und die sie ihrerseits dann lediglich als solche in ihren Text aufgenommen hat mit der Folge, daß sie konkret auch weiterhin nur außerhalb der Verfassung existiert; gerade hierin aber liegt die für die "institutionelle Garantie" typische Problematik (187a), weil sich das, was die Verfassung mit der "institutionellen Garantie" im einzelnen schützt, nicht aus der Verfassung selbst, sondern erst aus dem betreffenden Normenkomplex außerhalb der Verfassung ergibt - wenn auch die Verfassung insofern nicht ohne unmittelbaren Einfluß auf die jeweilige "Institution" bleibt, als diese innerhalb der "neuen" Verfassungsordnung nur insoweit fortbestehen kann, als sie mit jener vereinbar ist.

geber ein Grundrechtsvernichtungswerk auszuschließen) heute positivrechtlich von Art. 19 II und 79 III erfüllt wird." - Konsequenz müßten daher alle jene Autoren, die unter dem Begriff "institutionelle Garantie" lediglich (pauschal) das verstehen, was im Anschluß an die Terminologie des Art. 19 II GG als "Wesensgehaltsschranke" bezeichnet wird (s. o. Anm. 112), diesen Begriff als für das Verfassungsrecht des Grundgesetzes offenbar überflüssig ablehnen. Die Tatsache, daß dies nicht geschieht, zeigt nur umso deutlicher den hier kritisierten Übelstand auf: daß man sich nämlich offensichtlich gar nicht darüber imklaren ist, welchen konkreten Tatbestand man mit dem Begriff "institutionelle Garantie" bezeichnen will.

- 187a) Die folglich von jenen verkannt wird, die in ihr lediglich eine "Wesensgehaltsschranke" sehen; aber auch bei den Autoren und Gerichten, die den Begriff differenzierter verstehen (die also z.B. bei der Feststellung des "Wesens" einer "Institution" auf deren historischen Bestand zurückgreifen), fehlt insoweit eine Klarstellung und einleuchtende Begründung. - Klar formuliert wird dieser Tatbestand (erstmal wieder seit C. Schmitt und E. R. Huber) bisher nur von P. Lerche, der als Schutzobjekt der "institutionellen Garantie" den "Wesensgehalt" des jeweiligen "unterverfassungsgesetzlichen Normenkomplexes" nennt (Übermaß und Verfassungsrecht, S. 240/41); auf die oben im Text behandelte weiterreichende Problematik geht er jedoch nicht ein.

Zwar ist dieser Tatbestand, daß nämlich die Verfassung einen öffentlichrechtlichen Normenkomplex garantiert, der nur außerhalb ihrer selbst geregelt ist, im Grundgesetz seltener anzutreffen als in der Weimarer RV, weil es der Tendenz des Grundgesetzes, möglichst klar und vollständig zum Ausdruck zu bringen, was es für die von ihm angestrebte Ordnung für besonders wichtig und daher schutzwürdig hielt, entsprach, seine Schutzobjekte weitgehend selbst näher festzulegen (dies gilt - wie anschließend zu zeigen ist - insbesondere z.B. für die Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung, wo das Grundgesetz sich eben nicht schon damit begnügte, auf die bereits vorhandene "Institution" hinzuweisen, sondern wo es, um mögliche Zweifel von vornherein auszuschließen, selbst die wesentlichen Merkmale festlegte); trotzdem kennt auch das Grundgesetz noch eine ganze Reihe solcher Fälle (187b). Da einerseits auch diese betreffenden Bestimmungen nach einer systematischen Erfassung verlangen, die ihrer Eigenart gerecht wird, andererseits der oben entwickelte Begriff der "institutionellen Garantie" hierfür geeignet erscheint, ist nicht einzusehen, warum er nicht auch für das Verfassungsrecht des Grundgesetzes verwendbar sein soll - allerdings vorausgesetzt, daß im Einzelfall die oben genannten strengen Anforderungen erfüllt sind (188). - Unter Heranziehung der in den Art. 1 und 20 positivierten grund-

187b) S. u. Anm. 190.

188) Trotz aller Zurückhaltung und Vorbehalte erkennt auch G. Dürig (bei Th. Maunz - G. Dürig, Grundgesetz, Rdn. 97 und 98 zu Art. 1) das Vorhandensein derartiger "objektiver Gewährleistungen von Einrichtungen" durch das Grundgesetz an. Seine Ausführungen verdienen prinzipiell Zustimmung, wenn in ihnen auch Wesentliches offen gelassen oder zu einfach gesehen wird. Richtig und beherzigenswert (s. die entsprechenden Darlegungen des Verfassers oben im Text) ist seine grundsätzliche Feststellung, daß die Lehre von den verfassungsrechtlichen Einrichtungsgarantien "aufgestellt und widerspruchslos und einhellig anerkannt (wurde) nicht unmittelbar der Einrichtung als solcher wegen, nicht der öffentlichen Funktion der Einrichtung wegen, sondern allein der in ihr nur abstrakt umbauten und zusammengefaßten subjektiven Rechte wegen. Heute droht die Gefahr, daß mit Hilfe der Einrichtungsgarantien die ihnen zugrunde liegenden subjektiven Rechte ausgehöhlt und Ursache und Wirkung verkehrt werden". In diesem Zusammenhang warnt er vor einer "Institutionalisierung großen Stils", die letztlich dazu führen würde, daß "die Grundrechte im Sinne subjektiver Rechte nach Maßgabe der

legenden Prinzipien des freiheitlichen, sozialen und demokratischen Staates (189) können folglich (alle und nur) jene Tatbestände des Grundgesetzes als "institutionelle Garantien" bezeichnet werden, in denen das Grundgesetz eine überkommene, nur außerhalb seiner selbst konkret geregelte öffentlichrechtliche Einrichtung, die sich durch die spezifische Wirkungsweise des ihr zugrunde liegenden Rechtsnormenkomplexes im Sinne der Verwirklichung des freiheitlichen und / oder des sozialen und / oder des demokratischen Prinzips auszeichnet, erkennbar als solche gewährleistet mit der Folge, daß der betreffende Rechtsnormenkomplex insoweit, als er eben der Verwirklichung des freiheitlichen und / oder des sozialen und / oder des demokratischen Prinzips in besonders hervorragender Weise zu dienen geeignet ist, nicht vom einfachen Gesetzgeber geändert oder gar beseitigt werden kann; dagegen kommen alle sonstigen im Grundgesetz genannten öffentlichrechtlichen Einrichtungen, denen diese besondere Bedeutung fehlt, von vornherein nicht für eine derartige Bestandsgarantie in Betracht (190).

Einrichtungsgarantien" bestehen, obwohl das Gegenteil richtig ist: daß nämlich die "Einrichtungsgarantien bestehen (nur) nach Maßgabe der zugrunde liegenden subjektiven Rechte", "dieser subjektiven Rechte wegen". - Unbeantwortet bleibt indes die Frage einmal des Sinnes und Zweckes, zum anderen der Existenzberechtigung der "echten" "institutionellen Garantien", d.h. derjenigen Einrichtungsgarantien, "die zwar - wie jede staatliche Einrichtung - letztlich auch des Menschen wegen, aber nicht seiner subjektiven Rechte wegen bestehen"; denn da ihnen der die sonstigen Einrichtungsgarantien rechtfertigende unmittelbare Grundrechtsbezug fehlt, bedürfen sie einer anderen, selbständigen Rechtfertigung. - Über die besondere Auffassung P. Lerches, wonach Verfassungsgarantien letztlich nur als "institutionelle Garantien" rechtlich wirksam sein können und folglich auch die Freiheitssicherungen in den Grundrechten (zumindest auch) als "institutionelle Garantien" angesehen werden müssen, s. o. in Anm. 186 a.

- 189) Darüber, daß auch diese "Konstitutionsprinzipien" des Grundgesetzes keinen Eigenwert haben, daß sie nicht Selbstzweck, sondern lediglich Mittel zum Zweck sind, indem auch sie letztlich dem alleinigen "Zweck" des Grundgesetzes, der Ermöglichung und Verwirklichung von Menschenwürde, dienen, s. die Ausführungen oben unter B III.
- 190) Im einzelnen enthalten - ohne daß im Rahmen der vorliegenden Abhandlung eine weitere Begründung gegeben werden könnte -

- 9) Ist damit festgestellt, daß die Rechtsfigur der "institutionellen Garantie" - allerdings nicht in ihrer ursprünglichen, unklaren Bedeutung, sondern allein mit dem oben aufgezeigten Inhalt - auch für das Verfassungsrecht des Grundgesetzes verwendbar ist, da das Grundgesetz grundsätzlich die gleichen Tatbestände wie die Weimarer RV enthält, für deren systematische Erfassung und Bezeichnung sie entwickelt worden war, so muß nun die eingangs dieses Abschnittes aufgeworfene konkrete Frage erörtert werden, ob es sich bei der Gewährleistung der gemeindlichen Selbstverwaltung durch das Grundgesetz in Art. 28 Abs. 2 S. 1 um eine solche "institutionelle Garantie" handelt.

folgende Bestimmungen des Grundgesetzes eine "institutionelle Garantie": Art. 5 Abs. 3 hinsichtlich der akademischen Selbstverwaltung; Art. 7 in Bezug auf die staatliche Schulaufsicht; Art. 21 für die politischen Parteien; Art. 33 Abs. 5 bezüglich der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums im Rahmen des Rechts des öffentlichen Dienstes; Art. 92 i.V.m. Art. 97 für die Rechtsprechung durch unabhängige Richter; Art. 114 Abs. 2 hinsichtlich der Rechnungsprüfung der öffentlichen Ausgaben durch Beamte mit richterlicher Unabhängigkeit; Art. 140 i.V.m. den sog. Kirchenrechtsartikeln der Weimarer Verfassung, insbesondere Art. 137, für die Rechtsstellung der Kirche neben dem Staat und im Staat. - Inwieweit darüberhinaus etwa den Art. 5 Abs. 1 S. 2 (hinsichtlich der Organisation der öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten), Art. 41 (wegen der Wahlprüfung durch das Parlament), Art. 44 (in Bezug auf die Rechte und Aufgaben der parlamentarischen Untersuchungsausschüsse), Art. 45 b (hinsichtlich des Wehrbeauftragen des Parlaments), Art. 88 (bezüglich der Einrichtung einer Bundesbank) und Art. 107 Abs. 2 (für den Finanzausgleich der Länder untereinander im Bundesstaat) der Rang einer "institutionellen Garantie" zukommt, müßte noch im einzelnen geprüft werden. In diesem Zusammenhang wäre dann insbesondere auch die Frage zu erörtern, ob sich eine Verfassungsbestimmung, die ursprünglich nicht die Qualität einer "institutionellen Garantie" hatte, im Laufe der Zeit zu einer solchen entwickeln kann, indem sich der zu ihrer Ausfüllung zunächst geschaffene "unterverfassungsrechtliche Rechtsnormenkomplex" (P. Lerche) im Sinne der Ziele der Verfassung bewährt und deshalb als besonders wertvoll und schutzwürdig erweist (dies gilt vor allem für die bereits genannten Art. 5 Abs. 1 S. 2 - Organisation der öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten - und Art. 45 b - Wehrbeauftragter des Parlaments-)

Bisher wird Art. 28 Abs. 2 S. 1 Grundgesetz von Lehre und Rechtsprechung fast einhellig als "institutionelle Garantie" charakterisiert (191). Diese Auffassung krankt jedoch bereits daran, daß es ihr bislang nicht gelungen ist, den Begriff der "institutionellen Garantie", so wie sie ihn verstanden wissen will, festzulegen und zu erläutern (abgesehen von dem - ohne weitere Erklärung nichtssagenden - Hinweis auf ihre Funktion als "Wesensgehaltsschranke" (192)). Erst recht fehlt dann der konkrete Nachweis dafür, daß und inwiefern Art. 28 Abs. 2 S. 1 Grundgesetz die Voraussetzungen einer solchen erfüllt. Vielmehr finden sich in der Regel lediglich Formulierungen von der Art., diese Bestimmung enthalte "nach dem Vorbild des Art. 127 WeimRV eine institutionelle Garantie der Selbstverwaltung der Gemeinden" (193) oder "dieses Recht der Selbstverwaltung hat das Grundgesetz vorgefunden, nicht selbst geschaffen" (194). Es wird also sowohl bezüglich des Begriffs der "institutionellen Garantie" als auch hinsichtlich seiner Anwendung auf die Gewährleistung des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts unmittelbar und unbesehen an das Verfassungsrecht von Weimar angeknüpft (195).

191) S. die oben in Anm. 1 genannten Fundstellen. Einzelne Stellungnahmen werden unten in Anm. 195 wiedergegeben.

192) S. hierzu die Ausführungen oben in Anm. 112 und 113.

193) So H. v. Mangoldt, Anm. 3 zu Art. 28 GG (S. 180); ebenso Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. II 2 b zu Art. 28 GG (S. 698). - S. aber auch unten Anm. 196.

194) So A. Hamann, Anm. B 5 zu Art. 28 GG; er bleibt jedoch eine Begründung schuldig, obwohl gerade er den Charakter des Grundgesetzes als bewußte Neuordnung betont (z.B. Einführung I C 1: "das Grundgesetz (ist) bewußt neue Wege gegangen" - und I C 2: "das Staatsbild des Grundgesetzes ist nicht dasjenige der Weimarer Verfassung" (S. 17/18)).

195) Zur Veranschaulichung seien hier noch einige für die herrschende Auffassung charakteristische Stellungnahmen wiedergegeben:

a) Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. IV zu Art. 28 GG (S. 704): "Der Abs. 2 enthält für die innere Verwaltungsorganisation der Länder die unmittelbar bindende Einrichtungsgarantie, daß die Selbstverwaltung der Gemeinden und Gemeinde- (Kommunal-) Verbände als Einrichtung weder beseitigt noch derart eingeschränkt werden darf, daß

Abgesehen von den Unzulänglichkeiten, die dem damals entwickelten Begriff anhaften, verkennt man dabei aber eines völlig: daß nämlich

sie in ihrem Wesensgehalt angetastet wird"; - Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 24 zu Art. 28 GG: "Die kommunale Selbstverwaltung als "Einrichtung" darf weder beseitigt noch so eingeschränkt werden, daß sie in ihrem Wesensgehalt angetastet wird; es liegt eine sogenannte institutionelle Garantie der Selbstverwaltung vor"; -

- b) E. Becker, Die Selbstverwaltung, S. 140: "Daß Art. 28 Abs. 2 GG eine institutionelle Garantie der kommunalen Selbstverwaltung zum Inhalt hat, dürfte der herrschenden Ansicht entsprechen, deckt sich mit der herrschenden Lehre zu Art. 127 WeimRV und im Ergebnis auch mit der Auffassung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich"; - W. Loschelder, Entwicklung, in DÖV 1959, S. 410: "Die Sicherung der Selbstverwaltung durch das Grundgesetz bleibt (im Hinblick auf Art. 127 RV) institutionelle Garantie. Ihrem Inhalt nach erfaßt diese Garantie den Wesenskern der Selbstverwaltung, die essentialia, ... während die accidentalia gesetzlicher Regelung vorbehalten bleiben"; - U. Scheuner, Die institutionellen Garantien, S. 100/101: "Soweit sich aus der Garantie des Art. 28 Abs. 2 subjektive Rechte der Gemeinden ableiten lassen, sind sie jedenfalls dem Gesamtsinne der Institution, mithin also der herkömmlichen Ausgestaltung des Gemeindewesens untergeordnet. Denn Art. 28 (Abs. 2) will nicht neues Recht setzen, vielmehr bestehendes erhalten und sichern. Jedenfalls aber ist aus Art. 28 (Abs. 2) zu entnehmen, daß der Staat die Einrichtung der Gemeindeselbstverwaltung als solche zu bewahren hat ..."; -
- c) einen maßgeblichen Einfluß in dieser Richtung hat insbesondere die erste einschlägige Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20.3.1952 ("Offenbach-Urteil") in BVerfGE 1, S. 167 ff, S. 174/75 ausgeübt: "Obwohl Art. 28 GG im Abschnitt "Der Bund und die Länder" untergebracht ist, sollte den Gemeinden hier das Recht der Selbstverwaltung in ähnlichem Umfang garantiert werden, wie es in dem unter den Grundrechten stehenden Art. 127 der Weimarer Verfassung (RV) der Fall gewesen war. War Art. 127 RV ursprünglich wegen des Gesetzesvorbehalts weitgehend als "materiell inhaltlos" bezeichnet worden, ... so setzte sich mehr und mehr die Meinung durch, daß Art. 127 RV das Recht der Selbstverwaltung institutionell garantiere ... (es folgt ein Hinweis auf die oben in Anm. 112

das Grundgesetz in Art. 28 Abs. 2 S. 1 - sehr im Gegensatz zur Weimarer RV, die in Art. 127 lediglich vom "Recht der Selbstverwaltung innerhalb der Schranken der Gesetze" sprach - das "gemeindliche Selbstverwaltungsrecht" nicht nur als solches nennt, sondern es im einzelnen charakterisiert, seine wesentlichen Merkmale unmittelbar festgelegt (196), wenn es dort heißt: "Den Gemeinden muß das

wiedergegebene Entscheidung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich vom 10./11.12.1929) ... Dieser Auslegung ist auch für Art. 28 Abs. 2 GG zu folgen." - Wegen der Einschränkung, zu der sich die meisten Autoren und Gerichte angesichts des unzweideutigen Wortlauts des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG gezwungen sehen, ohne allerdings hieraus die Konsequenzen zu ziehen, s. die folgende Anm. 196.

- 196) An dieser Tatsache können auch die Vertreter der herrschenden Meinung nicht völlig vorbeigehen, wie die folgenden Zitate zeigen:

A. Hamann, Anm. B 6 zu Art. 28 GG: "Das Recht der gemeindlichen Selbstverwaltung umfaßt "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft"; damit hat das Grundgesetz dem Grundsatz der sogenannten "Allzuständigkeit" der Gemeinden Verfassungsrang verliehen ... Insoweit reicht Art. 28 Abs. 2 inhaltlich weiter als Art. 127 WV; " - Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. IV zu Art. 28 GG (S. 704): "... (Abs. 2 eine Einrichtungsgarantie) ... Er versucht zugleich, den Inhalt der Selbstverwaltung dieser kommunalen Körperschaften zu bestimmen", und Anm. IV 1 b zu Art. 28 (S. 706): "Ebenso wie schon der Art. 127 WRV - jedoch inhaltlich über seine Gewährleistung hinausgehend - enthält der Satz 1 (Abs. 2) eine Einrichtungsgarantie ..." (die gleichen Formulierungen gebraucht schon H. v. Mangoldt, Anm. 3 zu Art. 28 (S. 180); - K.G. Wernicke bezeichnet Art. 28 Abs. 2 S. 1 sowohl als "institutionelle Garantie" als auch als "Legaldefinition" des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts; besonders typisch für die Verwirrung der Begriffe ist seine Feststellung: "Hinzu kommt, daß die Gesetzgebung keineswegs frei ist, sondern das - im Sinne der Legaldefinition zu begreifende - gemeindliche Selbstverwaltungsrecht als Institution auf keinen Fall antasten darf" (Anm. II 2 b 3 zu Art. 28 GG); - Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 30 zu Art. 28 GG: "Bei den Gemeinden ist außer der Einrichtungsgarantie auch noch die sogenannte Allzuständigkeit oder Universalität festgelegt"; - E. Becker, Die

Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln"

Selbstverwaltung, S. 143 (unter Hinweis auf die "Umschreibung des Selbstverwaltungsrechts der Gemeinden in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG", S. 142): "Die Selbstverwaltungsgarantie ist insoweit gegenüber Art. 127 WeimRV erheblich erweitert worden"; - A. Köttgen, Die Gemeinde, S. 37/38: "Im Vergleich mit der indifferenten Formulierung des Art. 127 WV ... hat sich der Art. 28 um eine plastische Aussage bemüht. In dreifacher Richtung wurde hier das "verfassungsrechtliche Bild der Selbstverwaltung" (so das BVerfG) inhaltlich präzisiert" (ähnlich in H. Peters "Handbuch", I. Bd. S. 211); - W. Loschelder, Gemeindeordnungen, S. 15: "Die Vorschrift des Artikels 28 geht aber zweifellos insofern weiter als die des Artikels 127 WRV, als sie den Versuch macht, den Begriff der kommunalen Selbstverwaltung inhaltlich als Regelung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu klären"; - W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 36: "Aber die neuen Verfassungen beschränken sich zumeist nicht darauf, ihren Schutzgegenstand durch einen summarischen Hinweis auf das überlieferte Selbstverwaltungssystem zu bezeichnen, sondern sie greifen einige Elemente, in denen dieses System sich in den vergangenen Jahrzehnten als besonders bedroht erwiesen hat, heraus, um von Verfassungswegen klarzustellen, daß die Institution als Ganzes gerade auch in diesen Elementen unter erhöhtem Schutz stehen soll". - Letzten Endes entziehen sich aber auch diese Autoren der unmittelbaren Verbindlichkeit dieser Festlegung in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, indem sie sie - mehr oder weniger - als lediglich Umschreibung (im Sinne einer unverbindlichen Veranschaulichung) dessen auffassen, was nach ihrer Ansicht als Inhalt der gemeindlichen Selbstverwaltung schon vorher feststand und daher auch nicht durch das Grundgesetz geändert wurde. Besonders klar zeigt sich diese Einstellung in der bereits erwähnten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (vom 20.3.1952, in E 1, 175): "Diese Bestimmung unterscheidet sich von Art. 127 RV nur (vom Verf. hervorgehoben) dadurch, daß sie den Begriff der Selbstverwaltung in ihrem ersten Satz umschreibt und das Prinzip der Allzuständigkeit in diese Umschreibung aufnimmt. Die Entstehungsgeschichte des Art. 28 Abs. 2 ergibt aber nicht, daß der Grundgesetzgeber im übrigen hinter der Auslegung, die Art. 127 RV gegen Ende der Weimarer

(diese Feststellung des Art. 28 II 1 wird direkt ergänzt und vervollständigt durch Art. 28 I 2, wonach "in den Gemeinden das Volk eine Vertretung haben muß, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist"). Da die entscheidende Voraussetzung für die Annahme einer "institutionellen Garantie" nun aber gerade darin besteht, daß die Verfassung die betreffende, von ihr gewährleistete "Institution" nicht selbst im einzelnen festlegt, sondern sie lediglich als solche nennt, daß die "Institution" also nur außerhalb der Verfassung konkret geregelt ist (197), kann es sich folglich bei der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung durch das Grundgesetz in Art. 28 II 1 nicht um eine "institutionelle Garantie" handeln; vielmehr liegt hier eine "normale" Verfassungsgarantie vor, deren Inhalt und Reichweite sich allein und unmittelbar aus der Verfassung selbst bestimmen lassen (198) (199).

Republik gefunden hatte, zurückbleiben oder darüber hinausgehen wollte". - Durch diesen "Kunstgriff" ist für diese Auffassung trotz des klar entgegenstehenden Wortlauts des Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG der Weg wieder frei für eine "historische" Auslegung des Begriffs der gemeindlichen Selbstverwaltung und damit dessen, was das Grundgesetz in Art. 28 Abs. 2 S. 1 (angeblich) garantiert (Einzelheiten s. unten unter B V 1).

- 197) Wie oben dargelegt, ergibt sich ja erst hieraus die die "institutionelle Garantie" kennzeichnende Problematik, daß nämlich nur deshalb, weil die Verfassung die von ihr geschützte Institution nicht selbst konkret regelt, zur Ermittlung dessen, was die Verfassung im einzelnen gewährleistet, auf die außerhalb der Verfassung geregelte "Institution", ihren "historischen Bestand", zurückgegriffen werden muß.
- 198) Folglich ist hier auch kein Raum für einen Rückgriff auf den "historischen Bestand".
- 199) Soweit der Begriff "institutionelle Garantie" verwandt wird, um diesen Inhalt zu bezeichnen (daß nämlich die Verfassung eine öffentlichrechtliche Einrichtung, die sie selbst im einzelnen regelt, gewährleistet), ist er strikt abzulehnen; denn einmal wird damit seine auch für das Verfassungsrecht des Grundgesetzes noch vorhandene typische Bedeutung (s. o. im Text) entscheidend entwertet, zum anderen besteht die Gefahr, daß er von den anderen Autoren und Gerichten in seiner typischen Bedeutung (miß-)verstanden und entsprechend angewandt wird, obwohl - wie im Falle des Art. 28 Abs. 2 S. 1 - die Vorausset-

Daß das Grundgesetz in Art. 28 II 1 (ergänzt durch Art. 28 I 2) tatsächlich nicht lediglich eine unverbindliche, mehr oder weniger zufällige Umschreibung der überkommenen "gemeindlichen Selbstverwaltung" enthält - nur in diesem letzteren Fall wäre der Schluß möglich, daß Art. 28 II 1 ebenso wie die Weimarer RV in Art. 127 die "gemeindliche Selbstverwaltung" als solche meint und damit (notwendig) auf ihren "traditionellen", "historischen" Bestand verweist -, sondern daß es bewußt und eigenständig die nach seiner Auffassung wesentlichen Merkmale der gemeindlichen Selbstverwaltung abschließend aufzählt und unmittelbar festlegt, ergibt sich bereits eindeutig aus der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift, wo gerade unter diesem Gesichtspunkt der verbindlichen Festlegung der einzelnen Bestandteile die Formulierung stark umstritten war und mehrfach geändert wurde (200). Auch zeigt ein Ver-

zungen dafür nicht vorliegen. - Tatsächlich scheint der Begriff der "institutionellen Garantie" von einigen Autoren in diesem Sinne aufgefaßt zu werden. So hat z.B. O. Gönnerwein einerseits den Art. 28 Abs. 2 S. 1 wiederholt als "institutionelle Garantie" bezeichnet (s. o. Anm. 1), andererseits aber richtig hervorgehoben: "Noch die Weimarer Reichsverfassung setzte den Begriff der Selbstverwaltung als bekannt voraus. Im Bonner Grundgesetz sind dagegen die Konturen dieses Begriffs recht scharf gezeichnet. An die Merkmale "Gemeinde", "Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" und vor allem "eigene Verantwortung" ist jede Definition der Selbstverwaltung, die vom positiven Recht ausgehen will, gebunden" (AöR 81 (1956), S. 218), und weiter anlässlich der Besprechung von Kommentaren zum Gemeinderecht: "Es wäre wünschenswert gewesen, wenn dem gegenüber dem Art. 127 WeimRV viel aufschlußreicheren Art. 28 Abs. 2 GG die Merkmale einer deutschen Selbstverwaltung der Gegenwart entnommen und allen Betrachtungen vorangestellt worden wären" (AöR 81 (1956), S. 258). - S. auch W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 49 ff einerseits und S. 56 ff andererseits. - S. aber auch unten Anm. 207 a.

- 200) s. hierzu im einzelnen die Ausführungen und Anmerkungen oben unter B II 2. - Aus diesem Grund trifft die oben in Anm. 196 (am Ende) wiedergegebene Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, das Grundgesetz habe in Art. 28 Abs. 2 nicht über den Inhalt des Art. 127 WRV hinausgehen wollen, nicht zu. Als ebenso unberechtigt erweist sich angesichts der Entstehungsgeschichte die immer wieder aufgestellte Behauptung, die Formulierung des Art. 28 Abs. 2 beruhe auf einem "Redaktionsfehler". Schließlich

gleich des Inhalts der "gemeindlichen Selbstverwaltung" nach Art. 28 II 1 GG mit dem, was unter der Geltung der Weimarer RV - als man also mangels einer Regelung der Verfassung selbst gezwungen war, auf den "historischen Bestand" zurückzugreifen - als wesentlicher Bestand derselben angesehen wurde, daß die Aufzählung der Merkmale im Grundgesetz abschließend und für die Praxis auch ausreichend ist; denn schon nach damaliger, nahezu einheitlicher Meinung machten das Vorhandensein eigener gemeindlicher Organe (jetzt: mittelbar Art. 28 II 1 i.V.m. 28 I 2, wonach eine demokratisch gewählte Gemeindevertretung die örtliche Gemeinschaft vertritt), ein bestimmter Kreis eigener Angelegenheiten (jetzt: Art. 28 II 1, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft) sowie eine Begrenzung der Staatsaufsicht (jetzt: Art. 28 II 1, im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung) den unantastbaren Kern der "gemeindlichen Selbstverwaltung" aus (201) (202). Während

entbehrt auch der häufig erhobene Vorwurf, die Bestimmung sei mißverständlich formuliert u. ä. (s. z.B. E. Becker, Die Selbstverwaltung, S. 143), eines sachlichen Grundes; denn bei richtiger Sicht läßt Art. 28 Abs. 2 keinen Zweifel an seinem Inhalt (s. auch W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 52). Deshalb dürfte die Unzufriedenheit der betroffenen Interpreten weniger an der "Unvollkommenheit" des Verfassungstextes als umgekehrt daran liegen, daß sie mit einer vorgefaßten Meinung an die Auslegung des Art. 28 Abs. 2 herangehen und daß ihnen dabei der wahre Inhalt dieser Vorschrift im Wege steht.

- 201) Dies hat insbesondere Fr. Glum, AöR 56 (1929), S. 379 ff, S. 388/89, herausgearbeitet. Im wesentlichen zu dem gleichen Ergebnis kommen H. Peters, Grenzen, S. 36 ff; L. von Köhler, VVDStL, Heft 2 (1925), S. 181 ff, S. 222; C. Schmitt, Freiheitsrechte, S. 140 ff, S. 143/44 (mit weiteren Nachweisen); F. Stier - Somlo, S. 16/17; wegen des im wesentlichen gleichen Begriffs der kommunalen Selbstverwaltung bereits vor 1848 s. H. L. Brill, Studien, insbes. S. 143; - s. auch den Wortlaut des § 184 der Paulskirchenverfassung von 1849 sowie § 12 Ziff. 3 des Entwurfs einer Reichsverfassung von Hugo Preuß (abgedruckt z.B. bei E. Becker, Gemeindliche Selbstverwaltung, S. 299/300).
- 202) Gerade in dieser Tatsache der weitgehenden Übereinstimmung der in Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG festgelegten Merkmale mit denen der überlieferten, "historischen" gemeindlichen Selbstverwaltung dürfte das Mißverständnis begründet liegen, Art. 28 Abs. 2 S. 1 verweise auf die "historische" Selbstverwaltung, indem er den überlieferten Zustand praktisch übernehme, - er bringe also tatsächlich nichts Eigenes, Neues.

jedoch damals diese einzelnen "wesentlichen" Bestandteile (wegen des nicht eindeutigen "historischen Bestands" der gemeindlichen Selbstverwaltung unausweichlich) nur verhältnismäßig vage umschrieben werden konnten (203), ist die Formulierung des Grundgesetzes recht konkret und ermöglicht durchaus scharfe Abgrenzungen (204). Schließlich zeigt auch die Tatsache, daß die im Grundgesetz ausdrücklich aufgeführten und zudem näher bezeichneten Merkmale der gemeindlichen Selbstverwaltung, so insbesondere die Betonung der Eigenverantwortlichkeit der örtlichen Gemeinschaft bezüglich aller ihrer Angelegenheiten, unmittelbar den Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes, also seinen obersten Maßstäben, entsprechen (205), daß Art. 28 II 1 GG (ergänzt durch Art. 28 I 2) nicht lediglich als unverbindliche Umschreibung einer ansonsten nicht näher bestimmten "traditionellen" gemeindlichen Selbstverwaltung, sondern als unmittelbar verpflichtende Festlegung der vom Grundgesetz gewollten "gemeindlichen Selbstverwaltung" gemeint ist.

Damit ist festgestellt, daß das Grundgesetz in Art. 28 II 1 die von ihm gewährleistete "gemeindliche Selbstverwaltung" selbst in ihren wesentlichen Bestandteilen festlegt, also nicht auf die "historische Selbstverwaltung" verweist, daß folglich Art. 28 II 1 GG im Gegensatz zu Art. 127 WeimRV auch keine "institutionelle Garantie" enthält (206). Dieses Ergebnis muß deshalb besonders hervorgehoben werden, weil - wenn man der entgegengesetzten Auffassung der herrschenden Meinung folgt, die hier eine "institutionelle Garantie" annimmt - die große Gefahr besteht, daß einerseits über den Begriff der "institutionellen Garantie", der ja die Notwendigkeit des Rückgriffs auf den "historischen" Bestand der betreffenden "Institution" einschließt, die verschiedensten "historischen" Merkmale in die heutige "gemeindliche Selbstverwaltung" hineininterpretiert werden, die mit dem Inhalt der "gemeindlichen Selbstverwaltung" des Grundgesetzes in Art. 28 II 1 unvereinbar sind,

-
- 203) Und dementsprechend umstritten waren, wie das Schrifttum zeigt.
- 204) So u. a. auch O. Gönnerwein, Fragen, in AöR 81, (1956), S. 218 (oben Anm. 199).
- 205) Dies wurde oben unter B III im einzelnen nachgewiesen.
- 206) Soweit der Begriff "institutionelle Garantie" dagegen den Tatbestand bezeichnen soll, daß die Verfassung eine von ihr selbst im einzelnen geregelte öffentlichrechtliche Einrichtung garantiert, ist er als mißverständlich und zudem überflüssig abzulehnen (s. auch oben Anm. 199; s. andererseits aber auch unten Anm. 207a).

während andererseits das, was das Grundgesetz wirklich will und was in Art. 28 II 1 abschließend und zugleich unmittelbar verbindlich normiert ist, unbeachtet bleibt (207).

Der Eigenschaft des Grundgesetzes als "rechtlicher Grundordnung" uneres Staates, d.h. u.a. als Norm, die zu ihrer Befolgung und Umsetzung in die Wirklichkeit verpflichtet, wird also allein eine Auslegung des Art. 28 II 1 gerecht, die in diesem nicht nur eine "institutionelle Garantie", sondern die abschließende Festlegung der wesentlichen Merkmale der gemeindlichen Selbstverwaltung durch die Verfassung selbst sieht (207 a). Der "historische Bestand" der gemeindlichen Selbstver-

-
- 207) Am folgenreichsten dürfte die Auslegung der Klausel "im Rahmen der Gesetze" als echter Gesetzesvorbehalt sein, obwohl ihr nach dem Willen des Grundgesetzes nur eine viel engere Rolle zukommt; Einzelheiten s. unten unter B V.
- 207a) Um einem möglichen Mißverständnis vorzubeugen, sei hier jedoch eines klargestellt: Mit der Feststellung, daß Art. 28 II 1 GG nicht nur eine "institutionelle Garantie", sondern sogar eine unmittelbare Verfassungsgarantie darstellt, wird keineswegs ein "institutioneller Gehalt" der durch das Grundgesetz gewährleisteten gemeindlichen Selbstverwaltung geleugnet; im Gegenteil zeigt die erarbeitete (inhaltliche) Definition der "Institution" im Sinne einer möglichen "institutionellen Garantie" der Verfassung (oben S. 153: "Ein öffentlichrechtlicher Rechtsnormenkomplex, der für die betreffende Verfassungsordnung (hier: des Grundgesetzes) deshalb von besonderem Wert ist, weil er in seiner spezifischen Wirkungsweise speziell den Zielen der Verfassung dient") in Verbindung mit den Ausführungen oben unter B III (wo ja die unmittelbare Bedingtheit der wesentlichen Merkmale gemeindlicher Selbstverwaltung durch die "Konstitutionsprinzipien" des Grundgesetzes und damit ein entsprechender "Verfassungswert" der gemeindlichen Selbstverwaltung nachgewiesen wurde), daß die gemeindliche Selbstverwaltung inhaltlich geradezu das Muster für eine "Institution" im Sinne der "institutionellen Garantie" darstellt (s. dazu auch die Nutzenanwendung der Definition der "Institution" für das Verfassungsrecht des Grundgesetzes oben S. 166/67). Das dürfte auch der Hauptgrund dafür sein, daß (auch) die Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung durch das Grundgesetz ganz allgemein als "institutionelle Garantie" angesehen wird. Die Annahme einer "institutionellen Garantie" scheitert bei Art. 28 II 1 GG also nicht mangels einer "Institution" in

waltung kann im Verfassungsrecht des Grundgesetzes daher nicht die ihm von der herrschenden Meinung zugewiesene maßgebliche, sondern lediglich eine untergeordnete Rolle spielen, indem er, soweit er den Maßstäben des Grundgesetzes - generell in dessen "Konstitutionsprinzipien" und speziell in Art. 28 II 1 - genügt, die Vorschrift des Art. 28 II 1 tatsächlich ausfüllt; andererseits bedeutet Art. 28 II 1 positiv die Verpflichtung des Bundes wie der Länder, die gemeindliche Selbstverwaltung - soweit dies nicht schon der Fall ist - entsprechend den Anforderungen des Grundgesetzes zu gestalten (208).

diesem inhaltlichen Sinne, sondern weil das Grundgesetz diese Institution in allen ihren wesentlichen Merkmalen selbst festlegt und deshalb die für die Annahme einer "institutionellen Garantie" notwendigen Voraussetzungen fehlen (s. hierzu oben S. 161). Abschließend läßt sich dieses Ergebnis etwa folgendermaßen ausdrücken: Das Grundgesetz hält die gemeindliche Selbstverwaltung eben wegen ihres oben unter B III im einzelnen nachgewiesenen "institutionellen" Gehalts für derart wichtig und wertvoll für seine Verfassungsordnung, daß es sich nicht auf eine (in ihrer Schutzwirkung geringere) "institutionelle Garantie" derselben beschränkt, sondern sie sogar selbst in allen ihren wesentlichen Merkmalen festgelegt hat.

- 208) In diesem Sinne auch z.B. A. Köttgen, *Sicherung*, S. 10, der unter Hinweis auf die Funktion einer normativen Verfassung betont: "Deshalb bestätigt auch der Art. 28 GG nicht etwa nur vorgefundene Fakten, sondern versteht sich als verpflichtendes Regulativ künftiger Politik".

V. Teil : Vergleich der gewonnenen Ergebnisse mit den bisher in Schrifttum und Rechtsprechung vertretenen Meinungen.

Im folgenden soll nunmehr das oben (unter B II und B III) gewonnene Ergebnis mit den bisher zum Inhalt der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung in Art. 28 II 1 GG vertretenen Auffassungen verglichen und zugleich in Einzelheiten erläutert und ergänzt werden (1).

- 1) Ein offenkundiger Unterschied besteht hier vor allem in der grundsätzlichen Sicht. Folgt aus dem eingangs (unter B I und B II 2) zur Bedeutung des Grundgesetzes als einer selbständig neuen und abschließenden "rechtlichen Grundordnung" unseres Staates allgemein und zur Bedeutung des Art. 28 II 1 GG als Legaldefinition des gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts speziell Festgestellten die Notwendigkeit, diese Verfassungsbestimmung - und zwar ungeachtet des überkommenen Bestands an gemeindlicher Selbstverwaltung - von ihrem Wortlaut und Sinnzusammenhang her auszulegen und Zweifelsfragen mit Hilfe der (auch den Inhalt des Art. 28 II 1 letztlich bestimmenden) "Konstitutionsprinzipien" des Grundgesetzes zu lösen, so vertreten bisher Lehre und Rechtsprechung fast einmütig (2) eine "historische" Auslegung, die durch

-
- 1) Angesichts der unübersehbaren Fülle des Stoffes können hier lediglich die wesentlichen Merkmale und einzelne charakteristische Gesichtspunkte behandelt werden. Diese Beschränkung erscheint jedoch gerechtfertigt durch die grundsätzliche Fragestellung der Arbeit. Darüberhinaus dürften die aufgezeigten Maßstäbe ausreichen, zumindest die "Richtung" für die Behandlung sonstiger Einzelfragen anzugeben.
 - 2) Als Ausnahmen sind vor allem diejenigen Autoren zu nennen, die im Hinblick auf den Wortlaut "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" auf dem Standpunkt stehen, Art. 28 II 1 GG garantiere den Gemeinden in Abweichung von der überlieferten gemeindlichen Selbstverwaltung die Erledigung sämtlicher örtlicher Aufgaben, verbiete also dem Gesetzgeber jegliche Schmälerung des örtlichen Aufgabenbereichs; so E. Bohley, Bay. Bürgermeister 1949, S. 265/66; W. E. Genzer, Städtetag 1950, S. 317; W. Grafe, DÖV 1955, S. 650; H. P. Ipsen, DÖV 1955, S. 227; Keßler, DVBl. 1953, S. 2; R. Neuhoff, DÖV 1952, S. 259 ff; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 49 ff. - Zwar wird auch von der Mehrzahl der Vertreter der herrschenden Meinung vermerkt, daß sich Art. 28 II 1 GG nicht unerheblich von Art.

das Anknüpfen an überlieferte Inhalte der gemeindlichen Selbstverwaltung gekennzeichnet ist und dem Wortlaut des Art. 28 II 1 GG nur in diesem Rahmen Bedeutung beimißt.

Beispielhaft für diese Art der Auslegung ist die grundlegende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 20. 3. 1952 ("Offenbach-Urteil") (3), wo ausgeführt wird (4):

"Nach Art. 28 Abs. 2 muß den Gemeinden das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Obwohl Art. 28 GG im Abschnitt "Der Bund und die Länder" untergebracht ist, sollte den Gemeinden hier das Recht der Selbstverwaltung in ähnlichem Umfang garantiert werden, wie es in dem unter den Grundrechten stehenden Art. 127 der Weimarer Verfassung (RV) der Fall gewesen war. War Art. 127 RV ursprünglich wegen des Gesetzesvorbehalts weithin als "materiell inhaltslos" bezeichnet worden (so noch Anschütz ...), so setzte sich mehr und mehr die Meinung durch, daß Art. 127 RV das Recht der Selbstverwaltung institutionell garantierte. Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich gab in seiner Entscheidung vom 10./11. Dezember 1929 (...) die dann herrschend

127 WeimRV unterscheide, indem er einige wesentliche Merkmale gemeindlicher Selbstverwaltung ausdrücklich aufführe; es wird jedoch letzten Endes versäumt, die Konsequenz hieraus zu ziehen (s. o. Anm. 199 zu B IV). Der hier vertretenen Auffassung nahe kommt O. Gönnerwein, Fragen, AöR 81 (1956), S. 218, wenn er darauf hinweist: "Noch die Weimarer RV setzte den Begriff der Selbstverwaltung als bekannt voraus. Im Bonner Grundgesetz sind dagegen die Konturen dieses Begriffs recht scharf gezeichnet. An die Merkmale "Gemeinde", "Regelung der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" und vor allem "eigene Verantwortung" ist jede Definition der Selbstverwaltung, die vom positiven Recht ausgehen will, gebunden". A. Köttgen sieht ebenfalls die Möglichkeit einer solchen Bindung an den Wortlaut des Art. 28 II 1 GG, kann sich letztlich jedoch nicht "zugunsten einer derart revolutionären Verfassungsauslegung" entschließen (Wesen, S. 213/14; ähnlich auch in Die Gemeinde, S. 37/38).

3) BVerfG E 1, S. 167 ff, S. 174/75.

4) Das Bundesverfassungsgericht wird hier derart ausführlich zitiert, weil gerade sein Vorgehen die Mißverständnisse und Fehler der "historischen" Auslegungsmethode mustergültig veranschaulicht.

gewordene Auffassung mit den Worten wieder: "Art. 127 RV ... setzt vielmehr bindend fest, daß den Gemeinden und Gemeindeverbänden das Recht der Selbstverwaltung zustehe. Die Landesgesetzgebung darf daher dieses Recht nicht aufheben und die Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten nicht den Staatsbehörden übertragen. Sie darf die Selbstverwaltung auch nicht derart einschränken, daß sie innerlich ausgehöhlt wird, die Gelegenheit zu kraftvoller Betätigung verliert und nur noch ein Scheindasein führen kann. Nicht aber ist aus Art. 127 RV herzuleiten, daß er den Gemeinden die Selbstverwaltungsrechte in ihren Einzelheiten verbürge, die ihnen zur Zeit der Verkündung der Verfassung zustanden ..." ... Dieser Auslegung ist auch für Art. 28 Abs. 2 GG zu folgen. Diese Bestimmung unterscheidet sich von Art. 127 RV nur dadurch, daß sie den Begriff der Selbstverwaltung in ihrem ersten Satz umschreibt und das Prinzip der Allzuständigkeit in diese Umschreibung aufnimmt. Die Entstehungsgeschichte des Art. 28 Abs. 2 GG (...) ergibt aber nicht, daß der Grundgesetzgeber im übrigen hinter der Auslegung, die Art. 127 RV gegen Ende der Weimarer Republik gefunden hatte, zurückbleiben oder darüber hinausgehen wollte".

Das Bundesverfassungsgericht - und mit ihm fast die gesamte Lehre und Rechtsprechung (5) - geht bei der Auslegung der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung durch das Grundgesetz also nicht vom Art. 28 II 1 GG (obwohl dessen Wortlaut an den Anfang gestellt wird!), sondern vielmehr unmittelbar von Art. 127 WeimRV und dem Ergebnis

-
- 5) Ähnlich klar wird die "historische" Auslegung des Art. 28 II 1 GG z.B. von Fr. Klein, H. v. Mangoldt und Th. Maunz demonstriert, die ihre Erläuterungen zu Art. 28 II 1 gleichermaßen mit der Feststellung einleiten, daß es sich bei diesem Verfassungssatz um eine "institutionelle Garantie" handle, derzufolge die gemeindliche Selbstverwaltung "als Einrichtung weder beseitigt noch derart beschränkt werden darf, daß sie in ihrem Wesensgehalt angetastet wird" (Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. IV zu Art. 28 GG (S. 704); H. v. Mangoldt, Anm. 3 zu Art. 28 GG (S. 180); Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 24 zu Art. 28 GG. - S. z.B. auch den Bad. Verwaltungsgerichtshof in seinem Urteil vom 23.8.1950, Verw-Rspr. 4, S. 197 ff (Nr. 48), S. 209: "Die Gewähr der gemeindlichen Selbstverwaltung durch Art. 28 Abs. 2 GG, der dem Art. 127 Weim. Verf. entspricht, ist eine institutionelle Garantie ..."; allgemein zur Rechtsprechung zur Verfassungsgarantie der kommunalen Selbstverwaltung s. W. Henrichs in DVBl. 1954, S. 728 ff, S. 734/35.

der Diskussion über Inhalt und Reichweite dieser Bestimmung aus (6), - und dies, obwohl Art. 127 WeimRV lediglich allgemein und in der Sache völlig "offen" vom "Recht der Selbstverwaltung (der Gemeinden und Gemeindeverbände) im Rahmen der Gesetze" gehandelt hatte, während das Grundgesetz in Art. 28 II 1 die Merkmale gemeindlicher Selbstverwaltung doch konkret und zugleich umfassend aufzählt und schon dadurch dazu auffordert, in jedem Falle diese seine Norm zum Ausgangspunkt jeder Erörterung über Inhalt und Reichweite des Verfassungsschutzes zugunsten der gemeindlichen Selbstverwaltung zu machen (7). Bezeichnenderweise versucht das Bundesverfassungsgericht auch gar nicht ernsthaft, seine Auslegung im Hinblick auf den konkreten Wortlaut des Art. 28 II 1 oder das Grundgesetz überhaupt zu begründen, sondern hält sie offenbar für selbstverständlich (8).

Dem liegt die - "vorgefaßte"! - Vorstellung zugrunde, das Grundgesetz garantiere in Art. 28 II 1 das Recht der gemeindlichen Selbstverwaltung (nur) in dem Ausmaß und mit dem Inhalt, wie es "historisch überkommen" und auf Grund des Art. 127 Weim RV bereits vor ihm anerkannt gewesen sei (9). Das führt - insoweit folgerichtig - dazu,

-
- 6) Über die Auslegung des Art. 127 Weim RV s. vor allem C. Schmitt, Freiheitsrechte, S. 143 ff, sowie Fr. Klein, Institutionelle Garantien, mit weiteren Nachweisen.
 - 7) Hierauf weist mit Recht auch O. Gönnerwein hin (s. das Zitat oben in Anm. 2).
 - 8) In keinem Fall reicht die Feststellung, die Bestimmung des Art. 28 II GG unterscheide sich von Art. 127 "nur dadurch, daß sie den Begriff der Selbstverwaltung in ihrem ersten Satz umschreibt und das Prinzip der Allzuständigkeit in diese Umschreibung aufnimmt", als Begründung aus, weil eine solche Feststellung erst auf Grund einer sorgfältigen Erörterung des konkreten Wortlauts und Sinnzusammenhanges des Art. 28 II 1 GG hätte getroffen werden können; auf beides war das Bundesverfassungsgericht bis dahin aber überhaupt nicht eingegangen. Ebenfalls unzureichend ist die sich anschließende Behauptung, der Grundgesetzgeber habe mit Art. 28 II 1 nicht über den Inhalt von Art. 127 Weim RV hinausgehen wollen, denn tatsächlich ergibt die Entstehungsgeschichte genau das Gegenteil (dies wurde oben unter B II 2, Anm. 12, im einzelnen dargestellt). - S. aber auch Anm. 9.
 - 9) Dieses Mißverständnis beruht darauf, daß die in Art. 28 II 1 GG konkret genannten Merkmale gemeindlicher Selbstverwaltung mit

daß dem Wortlaut des Art. 28 II 1 GG letzten Endes keinerlei eigene Bedeutung beigemessen, sondern daß er lediglich als unverbindliche "Umschreibung" der überlieferten Selbstverwaltung angesehen wird (10). Nur so ist es auch verständlich, daß bei der Erörterung von Inhalt und Reichweite des Art. 28 II 1 GG - wie oben anhand der Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts veranschaulicht wurde - die hergebrachten Auslegungsregeln gänzlich verkehrt werden, indem man die auszulegende Vorschrift zunächst einmal völlig unabhängig von ihrem Wortlaut - sozusagen "im luftleeren Raum" - allgemein (nämlich als "institutionelle Garantie" (10a)) qualifiziert und darüberhinaus aus dieser allgemeinen Qualifizierung sogar noch konkretere Folgerungen (über ihre Wirkungsweise als "Wesensgehaltschranke") ableitet, ehe man sich schließlich des Wortlauts besinnt, der doch in erster Linie Gegenstand und Maßstab der Auslegung hätte sein müssen; für ihn ist nach

denen der überkommenen gemeindlichen Selbstverwaltung genau übereinzustimmen scheinen; tatsächlich ist dies jedoch nicht der Fall. Insbesondere wird die Klausel "im Rahmen der Gesetze" zu Unrecht als echter Gesetzesvorbehalt angesehen, während sie bei richtiger Auslegung - wie oben unter B II 6 im einzelnen dargelegt wurde - eine andere, viel engere und zugleich konkretere Funktion hat: nämlich einmal die der verbindlich (nur) "feststellenden" Abgrenzung zwischen rein örtlichen, primär örtlichen und typisch staatlichen Aufgaben; zum anderen die der Normierung eines staatlichen "Mitspracherechts" bei der Wahrnehmung der primär örtlichen, aber gleichzeitig staatliche Belange unmittelbar mitbetreffenden Angelegenheiten; schließlich die, die Normierung der erforderlichen staatlichen Aufsichtsmittel zu ermöglichen. Auf diese einzelnen Punkte wird unten unter B V 2 und 3 noch näher eingegangen.

- 10) Von zahlreichen Autoren und auch Gerichten wird den in Art. 28 II 1 GG ausdrücklich genannten Merkmalen "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" und "in eigener Verantwortung" zwar besondere Beachtung geschenkt; im Ergebnis kommen ihre Erörterungen aber - insbesondere infolge der Auffassung, Art. 28 II 1 enthalte einen echten Gesetzesvorbehalt - mehr oder weniger auf das gleiche hinaus.
- 10a) Die Frage, warum Art. 28 II 1 GG keine "institutionelle Verfassungsgarantie" darstellt, wurde oben unter B IV abschließend erörtert, so daß sich hier insoweit weitere Ausführungen erübrigen.

dem Vorangegangenen allerdings nicht mehr viel Raum, vielmehr dient er nun lediglich noch dazu, den bereits vorher gesteckten Rahmen auszufüllen und in seinen Einzelheiten zu verdeutlichen. Soweit er in dieses "vorgefertigte" Gebäude nicht hineinpaßt, wird dann nicht etwa das Gebäude entsprechend den Erfordernissen des Wortlauts geändert, sondern umgekehrt der Wortlaut dem vorhandenen Gebäude "angepaßt" (11).

Diese bisher fast einmütig vertretene "historische" Auslegung läßt sich jedoch - wie oben unter B I, B II und B III im einzelnen dargestellt und begründet wurde - nicht halten, da Art. 28 II 1 GG tatsächlich nicht lediglich die überkommene gemeindliche Selbstverwaltung unverbindlich umschreibt, sondern das, was das Grundgesetz als gemeindliche Selbstverwaltung gewährleistet, von Verfassungen wegen selbständig und abschließend festlegt (12) (13).

-
- 11) Auch dies geschieht entweder mit Hilfe des (angeblichen!) Gesetzesvorbehalts, der - weil prinzipiell unbeschränkt - Abweichungen von den "Grundsätzen" ermöglicht, oder aber etwa in der Weise, daß das betreffende Merkmal "historisch" interpretiert wird; Einzelheiten s. unten unter B V 2 und 3.
 - 12) Auch hier muß wieder betont werden, daß es bis zum Inkrafttreten des Grundgesetzes, also insbesondere unter der Geltung der Weimarer Reichsverfassung, ja gerade an einem hinreichend gefestigten und eindeutigen Bestand an überkommener gemeindlicher Selbstverwaltung fehlte (s. z.B. das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 12.7.1960, E 11, S. 266 ff, S. 274, wo es selbst einräumt: "Welche der Normen und Grundsätze, die den geschichtlich gewordenen Begriff der Selbstverwaltung näher bestimmen, sich auf den verfassungsrechtlich garantierten ... Kernbereich beziehen, war bereits unter der Herrschaft des Art. 127 WRV streitig ...") und daß der Grundgesetzgeber eben aus diesem Grunde eine konkrete Festlegung für erforderlich hielt.
 - 13) Damit soll nicht gesagt sein, daß das Grundgesetz in Art. 28 II 1 nicht tatsächlich an den überlieferten Inhalt gemeindlicher Selbstverwaltung (vor allem an das in jener wirksame liberale und demokratische Ideengut) anknüpfen wollte; aber es muß festgestellt werden, daß das Grundgesetz diesen überlieferten Inhalt nicht lediglich - sozusagen "unbesehen" - als auch für sich verbindlich übernommen, sondern entsprechend seinen "Konstitutionsprinzipien" eigenständig geordnet und neu festgelegt hat.

Dieser grundsätzliche Unterschied der Standpunkte wirkt sich nun zwar in den Einzelergebnissen - wie die weitere Erörterung ergeben wird - nicht allzu auffällig aus, da das, was Art. 28 II 1 GG als Inhalt der gemeindlichen Selbstverwaltung normiert, weitgehend mit dem anerkannten überlieferten Bestand an gemeindlicher Selbstverwaltung übereinstimmt (14). Andererseits müßte die bisherige Auffassung selbst dann bekämpft werden, wenn sie überall zu den gleichen Ergebnissen führte, weil sie bezüglich des Art. 28 II 1 die Eigenschaft des Grundgesetzes als "rechtliche Grundordnung", als "normative" Verfassung, die zu ihrer Befolgung und Umsetzung in die Wirklichkeit verpflichtet, ignorierte. Allein die hier vertretene Auslegung (15) des Art. 28 II 1 GG (nämlich von seinem Wortlaut und Sinnzusammenhang her) ist also geeignet, den Willen des Grundgesetzes insoweit optimal zur Geltung zu bringen.

Tatsächlich bleibt eine solche Auslegung - speziell in den Grenzbereichen - aber auch nicht ohne beachtenswerte Auswirkungen in der Praxis. Hier dürfte ihr besonderer Wert darin liegen, daß sie wesentlich sicherere und besser faßbare Maßstäbe zur Verfügung stellt als die bisher angewandte "historische" Methode, deren entscheidende Schwäche darin liegt, daß der "überkommene" Bestand an gemeindlicher Selbstverwaltung - vor allem hinsichtlich der in der Praxis zu lösenden Einzelfragen - durchaus nicht feststeht, sondern zum großen Teil stark umstritten ist; insbesondere ist für ihn bislang nicht eindeutig festgestellt, welche der verschiedenen gegensätzlichen Ideen und Tendenzen, die im Recht der gemeindlichen Selbstverwaltung wirksam werden (sie wurden im einzelnen oben unter B III behandelt, nämlich die "freiheitliche", die "soziale" und die "demokratische" - in dem dargelegten besonderen Sinn), im Konfliktsfalle den Vorrang hat oder in welchem Verhältnis sie überhaupt zueinander stehen (16). Ohne eine Lösung gerade dieser Problematik - die für das geltende gemeindliche Selbstverwaltungsrecht allein das Grundgesetz liefern kann - muß aber jegliche Anwendung des Art. 28 II 1 GG in der Praxis unvollkommen, da mehr oder minder zufällig, bleiben.

14) Einzelheiten hierzu oben in Anm. 201 zu B IV.

15) Bei dem Vorgehen der bisher herrschenden "historischen" Lehre kann allerdings von einer eigentlichen "Auslegung" kaum die Rede sein.

16) Wegen der unterschiedlichen "Tendenzen" der gemeindlichen Selbstverwaltung und ihrer wechselnden Vorherrschaft im Laufe ihrer Geschichte s. o. Anm. 176 zu B IV.

Dieser grundsätzliche Unterschied der Auffassungen wirkt sich - notwendig - auch bei der Behandlung von Einzelfragen aus, weil nämlich die vom Grundgesetz in Art. 28 II 1 im einzelnen festgelegte gemeindliche Selbstverwaltung tatsächlich nicht in allen Bestandteilen mit der "überkommenen" gemeindlichen Selbstverwaltung (und hier speziell mit der Auslegung des Art. 127 WeimRV) übereinstimmt. Hier lassen sich entsprechend den in Art. 28 GG normierten Merkmalen im wesentlichen drei Komplexe unterscheiden, die im folgenden erörtert werden sollen (17):

-
- 17) Zwar wird auch die Frage der Bedeutung der Formulierung "(den Gemeinden) muß gewährleistet sein" nicht ganz einheitlich beantwortet. Sie bedarf jedoch keiner ausführlichen Erörterung, da sich die Beteiligten über das Ergebnis letztlich einig sind: Auf den ersten Blick beinhaltet der Passus "(den Gemeinden) muß gewährleistet sein" nur die Pflicht der Länder - die für die Regelung des Kommunalverfassungsrechts zuständig sind -, ihren Gemeinden das Selbstverwaltungsrecht mindestens in dem Umfang und mit dem Inhalt zu "gewährleisten", wie es Art. 28 II 1 GG im einzelnen vorschreibt. Seine Bedeutung erschöpft sich darin jedoch nicht; denn einmal bewirkt die Selbstverpflichtung des Bundes in Art. 28 III GG, wonach er die Beachtung seiner Mindestanforderungen in Art. 28 II 1 durch die Länder (vor allem im Wege der Verfassungsrechtsprechung) garantiert, daß das Kommunalverfassungsrecht der Länder tatsächlich dem Art. 28 II 1 entspricht, - zum anderen ist der Bund selbst derart an seine Normierungen in Art. 28 II 1 GG gebunden, daß auch er (ebenso wie die Länder) bei allen seinen Akten, die die Gemeinden in ihrem Selbstverwaltungsrecht berühren, das in Art. 28 II 1 GG im einzelnen festgelegte gemeindliche Selbstverwaltungsrecht respektieren muß. Daraus folgt, daß die Normierung "muß gewährleistet sein" tatsächlich die gleiche Bedeutung hat wie etwa die Feststellung des Art. 127 WeimRV oder auch des Art. 28 II 2 GG "... haben das Recht der Selbstverwaltung", nämlich die einer unmittelbaren Festlegung. Daß schließlich das Grundgesetz selbst offenbar davon ausgegangen ist, es gewährleistet selbst mit Art. 28 II 1 das Recht der gemeindlichen Selbstverwaltung, ergibt sich aus Art. 28 II 2, wonach die Gemeindeverbände "auch das Recht der Selbstverwaltung haben". - So im Ergebnis auch z.B. A. Hamann, Anm. B 5 zu Art. 28 GG (S. 238); Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. II 2 b (S. 698) und IV 1 (S. 704) zu Art. 28 GG; Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 24/25 zu Art. 28 GG;

) In erster Linie interessieren die Auffassungsunterschiede hinsichtlich des den Gemeinden durch Art. 28 II 1 GG gewährleisteten Aufgabenbereichs, des "was" der gemeindlichen Selbstverwaltung ("alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze ... zu regeln").

a. Als Ergebnis der hier vertretenen Auslegung des Art. 28 II a GG wurde festgestellt (18), daß diese Bestimmung unter den "örtlichen Angelegenheiten" diejenigen öffentlichen Aufgaben versteht, die der Sache nach (allein oder primär (19)) "örtlich", d.h. durch das nebeneinander Wohnen und Wirken einer Vielzahl von Menschen in unmittelbarer räumlicher Verbundenheit und den daraus entstehenden materiellen und ideellen Bedürfnissen unmittelbar bedingt und in einer Weise "ortsgebunden" sind, daß sie so, wie sie in der betreffenden örtlichen Gemeinschaft konkret entstehen, eben nur hier und nirgendwo sonst ebenso existieren (19a). Bei dieser Auffassung kann die überlieferte

K.G. Wernicke, Anm. II 2 a zu Art. 28; - E. Becker, Die Selbstverwaltung, S. 139 ff, insbes. S. 144/45, und Kommunale Selbstverwaltung, S. 673 ff, S. 709 ff, insbes. S. 725 ff; O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 28 ff; Keßler, DVBl. 1953, S. 1 ff; A. Köttgen, Die Gemeinde, S. 37 ff; R. Neuhoﬀ, DÖV 1952, S. 260 ff; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 38 ff; das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 20. 3.1952, BVerfGE 1, S. 167 ff, S. 174 ff. - S. auch oben B II 1. - Im Rahmen der vorliegenden Abhandlung kommt dieser "Gewährleistung" eine besondere (d.h. von der allgemeinen Lehre abweichende) Bedeutung also nur im Hinblick auf ihre unmittelbare Verbindung mit dem konkreten Wortlaut des Art. 28 II 1 GG zu (d.h. diese Selbstverwaltung wird gewährleistet); diese Abweichung ergibt sich letztlich aber nicht aus der hier angenommenen Bedeutung der "Gewährleistung" als solcher, sondern vielmehr aus einer anderen Auslegung des Schutzobjekts "gemeindliche Selbstverwaltung"; aus diesem Grunde erübrigen sich hier weitere Ausführungen.

18) S. oben B II 3.

19) Über diese Abstufung innerhalb der örtlichen Aufgaben s. unten im Text.

19a) S. hierzu auch unten Anm. 34. - Nicht zu den "örtlichen Angelegenheiten" gehören die Grundlagen der gemeindlichen Existenz (wie z.B. das Gemeindegebiet, die Gemeindebevölkerung), die

Abgrenzung der Selbstverwaltungs- von den staatlichen Aufgaben allenfalls Anhaltspunkte für die Unterscheidung "örtliche" - "staatliche" Angelegenheit i.S.v. Art. 28 II 1 GG (nämlich der Sache nach) liefern, nicht aber diese ersetzen. Insbesondere besteht hier keine Notwendigkeit für einen "Gesetzesvorbehalt", weil die Bestimmung des Begriffs "örtlich" von der Sache her automatisch mit der Entwicklung mitgeht - indem sich nämlich jede Veränderung in der Sache notwendig und unmittelbar im Ergebnis der Abgrenzung niederschlägt - und daher auch garantiert, daß das Ergebnis ("örtliche" oder "staatliche" Aufgabe) stets mit dem jeweiligen Stand der Entwicklung, mit den augenblicklichen Notwendigkeiten und Tendenzen, im Einklang steht. Darüberhinaus ist hier aber auch kein Raum für einen Gesetzesvorbehalt, weil das, was die Verfassung selbst eindeutig (nämlich als "örtlich") festlegt, vom einfachen Gesetzgeber nicht geändert werden kann. Vielmehr hat die Klausel "im Rahmen der Gesetze" nur die Bedeutung, daß sie den Gesetzgeber zwar zur verbindlichen Abgrenzung des "örtlichen" vom "staatlichen" Aufgabenbereich ermächtigt, ihn jedoch gleichzeitig an die in der Sache bereits vorhandene Unterscheidung bindet, ihm also - abgesehen von einem engen Spielraum in den Grenzbereichen (20) - keine wirklichen Verfügungs- und Entscheidungsbefugnisse einräumt; der Gesetzgeber kann folglich die Natur einer Aufgabe ("örtlich" oder "staatlich") lediglich feststellen, nicht begründen; seine Entscheidung hat nur deklaratorischen, keinen konstitutiven Charakter (21). - Damit

gemeindliche Selbstverwaltung erst ermöglichen; insoweit ist folglich der Staat unmittelbar zuständig, auch wenn er wegen der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung mannigfachen Bindungen unterliegt und insbesondere die betroffenen Gemeinden beteiligen muß. Daher muß dieser Bereich im folgenden außer Betracht bleiben (s. hierzu z.B. R. Elleringmann, Kommunalaufsicht, S. 39 ff, insbes. S. 56 ff; O. Gönnerwein, Die Kommunalaufsicht, S. 526, und Gemeinderecht, S. 74 ff (S. 77 ff), S. 82 ff, S. 122 ff, S. 173/74; K. Müller, Genehmigungsvorbehalte, S. 189 ff; das OVG Münster in seinem Urteil vom 8.1. 1964, DVBl. 1964, S. 678 ff, S. 680).

- 20) Über die rechtliche Qualifizierung dieses Spielraums sowie darüber, ob und gegebenenfalls in welcher Weise der staatliche Gesetzgeber bei der Entscheidung von Grenzfällen gebunden ist (nämlich im Zweifel zugunsten der örtlichen Gemeinschaft), s. o. unter B II 5 (insbes. Anm. 102) und B III 5.
- 21) Darüber, daß - wegen der Bindung des Gesetzgebers an die Festlegungen der Verfassung - auch im Bereich der Gesetzgebung derartige nur feststellende Entscheidungen vorkommen, s. o. Anm. 103 zu B II.

braucht die hier vertretene Auslegung auch keine (zusätzliche) "Wesensgehaltschranke", weil nämlich der Gesetzgeber (mangels eines Gesetzesvorbehalts) gar nicht in der Lage ist, "örtliche" Aufgaben zu "staatlichen" zu machen und sie auf diese Weise den Gemeinden zu entziehen; das, was das Grundgesetz in Art. 28 II 1 von Verfassungen wegen festlegt (d.h. hier: den Bereich der örtlichen Aufgaben), ergibt sich also allein und unmittelbar aus Art. 28 II 1 GG selbst.

Demgegenüber geht die herrschende Meinung bei der Ermittlung des den Gemeinden kraft ihres Selbstverwaltungsrechts zustehenden Aufgabenbereichs zunächst vom überlieferten gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht aus mit der Folge, daß die Qualifizierung einer Angelegenheit als "örtliche" (oder aber als "staatliche") i.S.v. Art. 28 II 1 GG maßgeblich davon abhängt, ob sie der historischen Entwicklung der gemeindlichen Selbstverwaltung nach eine "Selbstverwaltungs-" (oder eine "staatliche") Aufgabe ist (22). Da jedoch auch die überkommene gemeind-

-
- 22) Für das Bundesverfassungsgericht folgt dies aus seinen wiederholten allgemeinen Hinweisen auf den geschichtlich gewordenen Bestand an gemeindlicher Selbstverwaltung, z.B. in seinen Entscheidungen vom 20.3.1952, E 1, S. 167 ff, S. 174/75 und S. 178, und vom 12.7.1960, E 11, S. 266 ff, S. 274: "Einigkeit besteht ... darüber, daß bei der Bestimmung dessen, was zum Wesen der Selbstverwaltung gehört, der geschichtlichen Entwicklung und den verschiedenen historischen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung in einem gewissen Ausmaß Rechnung getragen werden muß; in seiner jüngsten einschlägigen Entscheidung (Beschluß vom 26.11.1963, DVBl. 1964, S. 269 ff, S. 270) hat es im Anschluß an diese frühere Feststellung gewisse Einschränkungen der gemeindlichen Personalhoheit für zulässig erklärt allein mit der Begründung, daß diese Einschränkungen "herkömmlich" seien und daher den Wesenskern der gemeindlichen Selbstverwaltung nicht antasteten; - das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 20.5.1958, E 6, S. 342 ff, S. 345: "Was als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft anzusehen ist, kann nur nach der historischen Entwicklung der einzelnen Rechtsgebiete beurteilt werden"; der Verfassungsgerichtshof von Nordrhein-Westfalen in seinem Urteil vom 10.1.1959, E 14, S. 372 ff, S. 373 (unter Hinweis auf seine früheren einschlägigen Entscheidungen); "Er (der VerfGH NRW) hat den Sinn dieser Garantie dahin gedeutet, daß der Wesensbestand der Selbstverwaltung, wie er sich nach der historischen Entwicklung darstellt, geschützt sei"; der Bayerische Verfassungsgerichtshof insbesondere in seiner

liche Selbstverwaltung keine (auch nur einigermaßen) einheitliche und klare Abgrenzung kennt - weil nämlich der Bereich der Selbstverwaltungsaufgaben in den verschiedenen Ländern und zu verschiedenen Zeiten durch unterschiedliche Umstände und häufig auch Zufälligkeiten bedingt war - und außerdem ein starres Festhalten an der überlieferten Unterscheidung den Weg für eine zeit- und situationsgemäße Wandlung und Fortentwicklung der gemeindlichen Selbstverwaltung verbaut hätte (23), nimmt man die Klausel "im Rahmen der Gesetze" zu Hilfe: Unter unmittelbarer Anknüpfung an die überlieferte gemeindliche Selbstverwaltung (24) wird sie als echter Gesetzesvorbehalt ausgelegt, der es dem staatlichen Ge-

Entscheidung vom 21.12.1951, Bayer. VGH, N. F. E 4, II, S. 251 ff; - A. Hamann, Anm. B 6 a zu Art. 28 GG (S. 239); Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. IV 1 c zu Art. 28 GG (S. 706); Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 30 zu Art. 28 GG; Chr. Masson, in BayVBl 1958, S. 197 ff, S. 198 und 199.

- 23) S. z.B. das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 20.3.1952, E 1, S. 167 ff, S. 178: "Die Gesamtheit der Normen und Grundsätze, die den historisch gewordenen Begriff der Selbstverwaltung ausmachen, kann nicht in dem Sinne als unabänderlich gelten, daß sie in keiner Hinsicht und zu keiner Zeit in ihrem Bestand angetastet werden dürfte ... Der Maßstab, an dem die Zulässigkeit solcher Eingriffe in die Selbstverwaltung zu messen ist, kann kein einheitlicher sein; er ändert sich nach den besonderen Bedürfnissen der Zeit"; der Verfassungsgerichtshof von Nordrhein-Westfalen in seinem Urteil vom 7.7.1956, E 11, S. 149 ff, insbesondere 2. Leitsatz und S. 150; A. Hamann, Anm. B 6 a zu Art. 28 GG (S. 239); Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. IV 1 c - f zu Art. 28 GG (S. 706 ff); Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 30 zu Art. 28 GG; U. Scheuner, Die institutionellen Garantien, S. 100/01; s. insbesondere auch E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 716; O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 36; H. Görg, Kommunales Dienstrecht, S. 58; W. Henrichs, DVBl. 1954, S. 734; W. Loschelder, Entwicklung, S. 410/11; M. Woite, S. 70.
- 24) S. z.B. das Bundesverfassungsgericht, E 1, S. 167 ff, S. 175 - unter Hinweis auf das Ergebnis der Auslegung des Art. 127 Weim RV - : "Dieser Auslegung ist auch für Art. 28 Abs. 2 GG zu folgen"; ebenso u.a. O. Kollmann, in DÖV 1951, S. 145 ff, S. 146; H. Muthling, in DÖV 1951, S. 33/34; H. Schäfer, in DÖV 1951, S. 572 ff; U. Scheuner, Die institutionellen Garantien, S. 100; Th. Maunz, Anmerkung in VerwRspr. 4. Bd., S. 210/11.

setzgeber ermöglicht, die mannigfachen in Betracht kommenden Aufgaben entsprechend seinen Vorstellung - d.h. ohne an die in der Sache bereits vorhandene Unterscheidung gebunden zu sein - als örtliche oder als staatliche zu qualifizieren (25). Weil jedoch bei einer derartigen Auslegung der Klausel "im Rahmen der Gesetze" (und damit des Art. 28 II 1 GG überhaupt) die Gefahr besteht, daß der Gesetzgeber den Bereich der "örtlichen" Aufgaben zum Nachteil der gemeindlichen Selbstverwaltung zu sehr beschneidet - indem er immer mehr der Überlieferung nach "örtliche" Aufgaben zu "staatlichen" erklären und sie auf diese Weise der gemeindlichen Zuständigkeit entziehen könnte -, faßt man Art. 28 II 1 zugleich als "Wesensgehaltschranke" auf, die die auf Grund des (angeblichen) Gesetzesvorbehalts möglichen Eingriffe des Gesetzgebers in den gemeindlichen Aufgabenbereich auf ein Maß begrenzt, das die gemeindliche Selbstverwaltung in ihrem "Wesen",

-
- 25) S. außer den in Anm. 24 genannten Fundstellen z.B. das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 18.11.1955, E 2, S. 329 ff, S. 332: "Diese Regelung (entspricht) dem Vorbehalt des Art. 28 Abs. 2 GG, der den Gemeinden das Recht der Selbstverwaltung lediglich "im Rahmen der Gesetze" gewährleistet", sowie in seinem Urteil vom 22.11.1957, E 6, S. 19 ff, S. 24: "Dagegen ist ... ein Eingriff ... zulässig, wenn der Selbstverwaltung weniger wichtige Aufgabenbereiche entzogen ... werden"; der Bayerische Verfassungsgerichtshof in seinen Entscheidungen vom 21.12.1951, E Bayer. VGH, N.F. 4, II S. 251 ff (insbes. 1. Leitsatz und S. 277), und vom 23.12.1957, E Bayer. VGH, N.F. 10, II S. 113 ff; E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 716 und S. 730; O. Gönnewein, Gemeinderecht, S. 29 ff, S. 35 ff, insbes. S. 49 ff; H. Görg, Kommunales Dienstrecht, S. 58; A. Hamann, Anm. B 6 und 7 zu Art. 28 GG; W. Henrichs, DVBl. 1954, S. 728 ff, S. 734/35; Fr. Klein, bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. IV 1 d (S. 707) zu Art. 28 GG; A. Köttgen, Die Gemeinde, S. 40; Th. Maunz, bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 25 und 30 ff zu Art. 28 GG; K.J. Partsch, S. 304; U. Scheuner, Die institutionellen Garantien, S. 100/01; M. Woite, S. 61 ff, insbes. S. 70. - Dieses - dem staatlichen Gesetzgeber von der h. M. zugebilligte - Recht, über die in der Ortsstufe wahrzunehmenden Aufgaben zu "disponieren", muß klar unterschieden werden von seiner Befugnis, die einzelnen örtlichen Aufgaben zu "regulieren" (so die Terminologie A. Köttgens, Die Gemeinde, z.B. S. 40) oder in der Sprache des Verf. "vorzuregeln"; hierüber s. unten im Text.

ihrem "Kern", unangetastet läßt (26).

Abgesehen davon, daß diese Ausdeutung des Begriffs der "örtlichen Angelegenheiten" (in Verbindung mit der Klausel "im Rahmen der Gesetze") im Sinne der (nur) Aufrechterhaltung und Bestätigung der überkommenen gemeindlichen Selbstverwaltung durch das Grundgesetz grundsätzlich unrichtig ist (s.o. unter 1), weist sie auch im einzelnen verschiedene Schwächen und Inkonsistenzen auf. Zunächst einmal trifft es nicht zu, daß sich das, was Art. 28 II 1 GG mit den "örtlichen Angelegenheiten" meint, nur unter Anknüpfung an die überkommene gemeindliche Selbstverwaltung bestimmen lasse, weil eine (nur feststellende) Unterscheidung der Sache nach durch den Gesetzgeber nicht vollziehbar sei (27); denn tatsächlich ist der Gesetzgeber zu einer sol-

-
- 26) S. etwa das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, z.B. E 1, S. 167 ff, S. 175 und S. 178 ("Gewiß ist ein bestimmter Kern der Selbstverwaltung gegen jede gesetzliche Schmälerung gesichert"); das Bundesverwaltungsgericht z.B. in seinen Urteilen vom 18.11.1955, E 2, S. 329 ff, vom 22.11.1957, E 6, S. 19 ff, und vom 20.5.1958, E 6, S. 342 ff; der Verfassungsgerichtshof von Nordrhein-Westfalen in seinen Entscheidungen vom 21.8.1954, E 9, S. 74 ff, vom 4.2.1956, E 10, S. 282 ff, vom 7.7.1956, E 11, S. 149 ff, und vom 10.1.1959, E 14, S. 372 ff; der Badische Verwaltungsgerichtshof in seinem Urteil vom 23.8.1950, VerwRspr. 4, S. 197 ff; E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 714; J. David, S. 37; O. Gönnenwein, z.B. in Gemeinderecht, S. 29 ff; H. Görg, Kommunales Dienstrecht, S. 59; A. Hamann, Anm. B 7 zu Art. 28 GG, S. 240; W. Henrichs, S. 735; Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. IV 1 d (S. 708); A. Köttgen, z.B. Die Gemeinde, S. 40, sowie Wesen, S. 213/14; O. Kollmann, DÖV 1951, S. 146; W. Laforet, DÖV 1949, S. 222; H. v. Mangoldt, Anm. 3 zu Art. 28 GG (S. 180); Chr. Masson, BayVBl 1958, S. 198/99; Th. Maunz, Anmerkung, S. 210 ff, und bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 24/25 und 32 zu Art. 28 GG; H. Muthling, DÖV 1951, S. 33/34; H. Pagenkopf, S. 81/82; K.J. Partsch, passim, insbes. S. 311 ff; H. Schäfer, DÖV 1951, S. 572 ff; U. Scheuner, Die institutionellen Garantien, S. 100/01; K.G. Wernicke, Anm. II 2 b zu Art. 28 GG; M. Woite, S. 61 ff, insbes. S. 71 ff.
- 27) S. z.B. A. Köttgen, Wesen, S. 214, und ihm folgend M. Woite, S. 61 ff, insbes. S. 70. - Weitere Stellungnahmen zu dieser Frage wurden oben unter B II 3, insbesondere Anm. 24, behandelt.

chen Abgrenzung der der Sache nach örtlichen von den staatlichen Angelegenheiten durchaus in der Lage. Zwar ist zuzugeben, daß sich die Grenze "nur angesichts konkreter räumlich-zeitlicher Bedingungen bestimmen läßt", so daß die - "notwendig generalisierende und unifizierende" - Unterscheidung durch den Gesetzgeber nicht für jeden Fall völlig zutreffend sein wird (28). Andererseits werden aber die möglichen Unterschiede weit überschätzt. Das hat seinen Grund insbesondere in der Verkennung des Inhalts des Art. 28 II 1 (i.V.m. Art. 28 I 2) GG, der mit der Festlegung "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" nämlich nicht an die (u. U. sehr unterschiedliche) "örtliche" Leistungsfähigkeit der einzelnen Gemeinde, sondern an den (für alle Gemeinden gleichen und somit allgemeingültig feststehenden) "örtlichen" Entstehungsgrund anknüpft (29). Art. 28 II 1 GG grenzt somit den Bereich der (und zwar aller) der Sache nach "örtlichen" Aufgaben insgesamt, als einheitliches Ganzes, vom staatlichen Bereich ab, zunächst einmal unabhängig von der unterschiedlichen Leistungsfähigkeit der Gemeinden; diese wird erst später, bei der Aufgabenaufteilung innerhalb des kommunalen Selbstverwaltungsbereichs (zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden), berücksichtigt, wobei die Gemeinden nach dem auch insoweit eindeutigen Wortlaut des Art. 28 II 1 und 2 GG den unbedingten Vorrang (30) haben und nur unter dem Gesichtspunkt mangelnder Leistungsfähigkeit in ihrem Aufgabenbereich zugunsten der Gemeindeverbände beschränkt werden dürfen. Den Gegensatz zu diesen - allgemeingültig festliegenden - "örtlichen" Angelegenheiten i.S.v. Art. 28 II 1 GG bilden dann die - gleichermaßen einheitlich vorhandenen - "staatlichen" Aufgaben, so daß sich die zur Erfüllung anstehenden öffentlichen Aufgaben durchaus einheitlich entweder als "örtliche" oder als "staatliche" qualifizieren lassen (31); dann ist aber

-
- 28) S. A. Köttgen, Wesen, S. 214; M. Woite, S. 70.
- 29) S. hierzu die eingehende Begründung oben unter B II 3, S. 16 ff.
- 30) S. speziell hierzu Anm. 40 und 41 zu B II; s. außerdem Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. IV 2 zu Art. 28 GG (S. 711/12); A. Köttgen, Wesen, S. 211 ff; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 39 ff; K.G. Wernicke, Anm. II 2 c zu Art. 28 GG.
- 31) Dies wird insbesondere von O. Gönnerwein (Fragen, S. 222) verkannt, wenn er ausführt: "Die Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft geben auch das Kriterium für die Abgrenzung der Zuständigkeit zwischen Ortsgemeinde und Gemeindeverband. Das Universalitätsprinzip, eingeschränkt durch den Grundsatz

eine Unterscheidung der Sache nach generell möglich und folglich auch für den Gesetzgeber vollziehbar.

Dem steht auch nicht entgegen, daß der Bereich der der Sache nach "örtlichen" (und entsprechend der "staatlichen") Angelegenheiten i.S.v. Art. 28 II 1 GG nicht ein für allemal feststeht, sondern sich sowohl mit der allgemeinen Entwicklung als auch infolge besonderer Umstände fortwährend ändert (32) mit der Folge, daß der Gesetzgeber seine (ja nur feststellenden) Entscheidungen über die Natur der verschiedenen Aufgaben laufend überprüfen und gegebenenfalls (unter Umständen schon nach kurzer Zeit) abändern muß; denn auch die herrschende Meinung geht davon aus, daß der Gesetzgeber hierzu durchaus in der Lage, ja sogar verpflichtet ist, indem sie gerade im Hinblick auf das Erfordernis einer dauernden Fortentwicklung der gemeindlichen Selbstverwaltung und ihrer jederzeit möglichen Anpassung an die Gegebenheiten und Notwendigkeiten des Augenblicks die Klausel "im Rahmen der Gesetze" als Gesetzesvorbehalt auslegt, um nämlich dem Gesetzgeber solches zu ermöglichen. So hat etwa das Bundesverfassungsgericht in seiner - bereits mehrfach zitierten - ersten grundlegenden Entscheidung zu Art. 28 II 1 GG ausgeführt, daß ungewöhnliche Eingriffe des Gesetzgebers in die gemeindliche Selbstverwaltung, die durch die "besonderen Bedürfnisse der Zeit" bedingt seien, "auf das zeitlich ... unbedingt Notwendige begrenzt" werden müßten, - und damit ausdrücklich die Möglichkeit anerkannt, daß der Gesetzgeber die Unterscheidung zwischen "örtlich" und "staatlich" jeweils den Bedürfnissen des Augenblicks anpaßt und bei veränderter Sachlage auch schon nach kurzer Zeit seine frühere Entscheidung wieder abändert (33).

der Subsidiarität, ist zwar für die Landkreise durch Art. 28 Abs. 2 GG keineswegs vorgegeben - ... -, aber es ist fast durchweg die Norm. So ergibt sich der Begriff der "überörtlichen Aufgabe". Ähnlich H. Görg, Kommunales Dienstrecht, S. 58; A. Köttgen, Wesen, S. 214; M. Woite, Kompetenzaufteilung, S. 70. - Wie hier für die Rechtslage in Bayern nach Art. 83 Bayer. Verfassung auch Chr. Masson, Gemeindeaufgaben, S. 162 ff (ohne daß allerdings seinen weiteren Folgerungen zugestimmt werden könnte).

- 32) R. Neuhoﬀ und im Anschluß an ihn Keßler und W. Weber (Staats- und Selbstverwaltung, S. 51) und schließlich auch M. Woite (S. 70) sprechen in diesem Zusammenhang von "Wanderungsprozessen"
- 33) E 1, S. 167 ff, S. 178; s. auch die in Anm. 23 genannten Fundstellen.

Damit ist festgestellt, daß die hier vertretene Bestimmung der "örtlichen" Angelegenheiten in Art. 28 II 1 GG der Sache nach - und zwar durch nur feststellende Entscheidung des Gesetzgebers - entgegen der herrschenden Meinung durchaus praktikabel ist (34) (34 a). Tat-

-
- 34) So auch W. Weber (Staats- und Selbstverwaltung, S. 49), wenn er feststellt, "daß es Gegenstände öffentlicher Verwaltung gibt, die ihrer sachlichen Beschaffenheit nach (Hervorhebung vom Verf.) solche der örtlichen Gemeinschaft sind". Zwar verkennt er nicht die Schwierigkeit der Frage, "nach welchen materialen Kriterien denn die "Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" zu bestimmen sind und demgemäß die Gegenstände des örtlichen und des übergreifenden Wirkungskreises unterschieden werden können" (a. a. O., S. 51). Auch weist er darauf hin, "daß die Grenze zwischen beiden Bereichen nicht starr ist". Mit Recht geht er jedoch davon aus, daß im Hinblick auf den Willen des Grundgesetzes diesem Problem nicht ausgewichen werden kann und daß es sich tatsächlich auch lösen läßt. Seine These: "Kommunale Selbstverwaltung ist von Hause aus Sachverwaltung, nicht Menschenführung und obrigkeitliche Herrschaft. Der örtlich gebundene Lebenskreis der Gemeinde ... stellt als gemeinsame Aufgabe der nachbarlichen Gemeinschaft in den Mittelpunkt, Gemeindevermögen zu verwaltung und der Bevölkerung gemeinnützige Anstalten und Einrichtungen zur Verfügung zu stellen, gleichviel, ob dies im Rahmen einer gesetzlich auferlegten Pflicht oder freischöpferischen Waltens der Gemeinde geschieht ..." (a. a. O., S. 51), soll ausdrücklich nur "den Grundcharakter der Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft deutlich machen", schließt also nicht aus, daß einzelne örtliche Aufgaben - wenn in der Regel auch nur am Rande und nur als Mittel zum Zweck - auch "Menschenführung und obrigkeitliche Herrschaft" erfordern (s. hierzu auch A. Köttgen, Die Gemeinde, S. 39 ff, der auf die Notwendigkeit einer derartigen Ergänzung der These W. Webers aufmerksam macht). - Weitgehend aufbauend auf den grundsätzlichen Feststellungen W. Webers hat A. Köttgen (Die Gemeinde, S. 46 ff) den Bereich der "örtlichen Angelegenheiten" eingehend untersucht und dabei zwischen mannigfachen Gesichtspunkten differenziert, wobei jedoch die Übersichtlichkeit und Praktikabilität der Abgrenzung zu den "staatlichen" Angelegenheiten im Ergebnis verloren gegangen ist. (Allerdings war dies auch nicht das eigentliche Anliegen A. Köttgens, der sowieso im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung einen "verfas-

sächlich ist aber auch die herrschende Meinung gezwungen, die Unter-

sungskräftigen Zuständigkeitsvorbehalt" des Art. 28 II 1 GG zugunsten der Gemeinden in Ansehung "aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" ablehnt (s. z.B. Die Gemeinde, S. 48, und Wesen, S. 210 ff), sondern das Bestreben, auf eine andere Gefahr aufmerksam zu machen: "Ja man wird behaupten können, daß heute die eigentliche Quelle einer Beeinträchtigung des örtlichen Selbstbestimmungsrechts nicht die kompetenzne-gierenden, sondern vielmehr die kompetenzregulierenden Gesetze sind" (Die Gemeinde, S. 40/41); hierzu s. u. im Text sowie die Anm. 56. - Auch das Bundesverfassungsgericht ist in seinem Urteil vom 30.7.1958, E 8, S. 122 ff ("Atombefragung"), von einer Bestimmung der örtlichen Angelegenheiten der Sache nach ausgegangen, allerdings allein (negativ) zu dem Zweck, die Gemeinden in ihre "örtlichen Schranken" zurückzuweisen, und ohne irgendwelche sonstigen Konsequenzen hieraus zu ziehen (S. 122/23, 3. Leitsatz: "... Angelegenheiten des örtlichen Wirkungskreises sind nur solche Aufgaben, die in der örtlichen Gemeinschaft wurzeln oder auf die örtliche Gemeinschaft einen spezifischen Bezug haben und von dieser örtlichen Gemeinschaft eigenverantwortlich und selbständig bewältigt werden können"). - Demgegenüber schießen etwa K. J. Partsch (S. 303 ff) und ihm folgend M. Woite (S. 69) weit über das Ziel hinaus, wenn sie den Kreis der "örtlichen" Angelegenheiten i.S.v. Art. 28 II 1 GG derart weit ziehen, daß hierunter auch die Mehrzahl der staatlichen Auftrags- (bzw. Weisungs-) Aufgaben sowie der von staatlichen Sonderbehörden auf der Ortsstufe wahrgenommenen Aufgaben fällt. Da somit bereits ihr Ausgangspunkt falsch ist, trifft auch ihr Argument nicht zu, daß bei einem derart weiten örtlichen Aufgabenbereich der Gesetzgeber als berechtigt angesehen werden müsse, den Gemeinden einzelne "örtliche" Aufgaben zu entziehen.

- 34 a) Gleichzeitig hat sich offenbart, daß das Hauptargument der herrschenden Meinung, die hier vertretene Auslegung führe zu einer Erstarrung des örtlichen Aufgabenbereichs und könne weder sachliche Gesichtspunkte berücksichtigen noch überhaupt sich der ständig im Fluß befindlichen Entwicklung anpassen (s. z.B. H. Görg, Kommunales Dienstrecht, S. 58, sowie ihm folgend M. Woite, S. 70), ins Leere geht; denn gerade die Bestimmung der "örtlichen" Aufgaben von der sachlichen Beschaffenheit her garantiert - wie oben dargelegt - am ehesten die ständige Übereinstimmung der Aufgabenaufteilung zwischen Staat und Kommunen mit den tatsächlichen Verhältnissen; sie wendet sich also gerade gegen jede sachwidrige Erstarrung.

scheidung "Selbstverwaltungs-" oder "staatliche" Aufgabe der Sache nach zu treffen, weil sie mit ihrer historischen Auslegung diese Frage zwar auf ein späteres Stadium verschoben, aber eben doch nicht aufgehoben hat: wenn sie nämlich die Befugnisse des Gesetzgebers (auf Grund des angeblichen Gesetzesvorbehalts) zu Eingriffen in den überlieferten gemeindlichen Aufgabenbereich durch Errichtung einer "Wesensgehaltschranke" eingrenzen will, muß sie zunächst diesen (unantastbaren) "Wesensgehalt" der gemeindlichen Selbstverwaltung ermitteln. Hierzu gehört herkömmlich insbesondere die Anerkennung eines den Gemeinden zur selbständigen Wahrnehmung zustehenden und daher auch vom staatlichen Gesetzgeber grundsätzlich zu respektierenden eigenen Wirkungskreises (nämlich an typisch örtlichen Aufgaben (35)), so daß der Gesetzgeber ohne besonderen "verständigen" (36) Grund keine bisher gemeindliche (bzw. örtliche) Aufgabe zur staatlichen erklären darf; entsprechende besondere Gründe lassen sich aber nur der Sache nach feststellen; da sich ein "Heraufziehen" einer bisher örtlichen Aufgabe auf die staatliche Ebene nur dadurch rechtfertigen läßt, daß die staatliche Gemeinschaft ein unmittelbares Interesse an deren Regelung hat, muß es sich also auch hier letztlich um eine der Sache nach staatliche Angelegenheit handeln. Auf diese Weise muß auch die historische Auslegung schließlich alle diejenigen Probleme - zumindest im Prinzip - lösen, die sich der hier vertretenen Auffassung (Unterscheidung der örtlichen von den staatlichen Angelegenheiten der Sache nach) stellen (37).

-
- 35) S. z.B. Fr. Glum in AöR 56 (1929), S. 389/90, sowie C. Schmitt, Freiheitsrechte, S. 143 ff, S. 144.
- 36) S. den Verfassungsgerichtshof von Nordrhein-Westfalen in seiner Entscheidung vom 21.8.1954, E 9, S. 74 ff, insbesondere den 6. Leitsatz: "Die Personalhoheit gehört zum essentiellen Kern der Selbstverwaltung. Jedoch sind durch die verfassungsrechtliche Garantie der Selbstverwaltung keine gesetzlichen Einschränkungen der Personalhoheit ausgeschlossen, die bei Erlaß der Verfassung allgemein hin als "verständlich" und mit dem Sinn der deutschen Selbstverwaltung vereinbar angesehen wurden"; diese hier für die Beschränkung der Gemeinden innerhalb einer Aufgabe entwickelten Grundsätze werden gleichermaßen auf den völligen Entzug einer Aufgabe angewandt (s. z.B. Entscheidung vom 7.7.1956, E 11, S. 149 ff, S. 150).
- 37) Tatsächlich wird die Zulässigkeit von Eingriffen des staatlichen Gesetzgebers in den Bereich der örtlichen Angelegenheiten damit begründet, daß die in Frage stehende Angelegenheit nicht

Damit erweist sich aber der von ihr eingeschlagene Weg als ein Irrweg, weil er einerseits letzten Endes zu grundsätzlich den gleichen (oder zumindest entsprechenden) Ergebnissen führt wie die hier vertretene Auslegung der Sache nach (38), andererseits aber gefährliche

nur die einzelne örtliche Gemeinschaft, sondern primär die umfassendere staatliche Gemeinschaft betrifft, mit anderen Worten: daß es sich um eine der Sache nach staatliche Aufgabe handelt; so führt etwa das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 20.3.1952, E 1, S. 167 ff, S. 178/79 und S. 180 zu den Beschränkungen der gemeindlichen Personalhoheit durch das Gesetz zu Art. 131 GG aus: "Die Lage der verdrängten Angehörigen des öffentlichen Dienstes war seit dem Zusammenbruch im steigenden Maße und vornehmlich seit der Währungsreform zu einem Problem erster Ordnung geworden ... Dieser außergewöhnlichen Lage konnte der Gesetzgeber nur mit Maßnahmen gerecht werden, die der Schwierigkeit der Aufgabe angepaßt waren ... Daß die Dauer dieser Beschränkungen dennoch empfindlich bleibt, ist dem Ausmaß des deutschen Zusammenbruchs im Jahre 1945 zuzuschreiben, dessen Folgen nur allmählich und im Zusammenstehen Aller gemildert und behoben werden können"; diese Argumentation wird ergänzt durch die Feststellung (S.177): "Da das von Art. 131 GG betroffene Personal aber bei Dienstherren verschiedener staats- und verwaltungsrechtlicher Rangordnung, namentlich eben auch bei Gemeinden, beschäftigt war, war es sachgerecht ..., daß der Bund auch die Länder und die Gemeinden mit zur Unterbringung der verdrängten Beamten heranzog" (hier wird aus der Sicht des Verf. also unmittelbar auf die Klausel "im Rahmen der Gesetze" als "Gemeinschaftsklausel" verwiesen; s.o. B III 3). Ähnlich das OVG Koblenz in seinem Urteil vom 6.5.1952, AS 1, S. 47 ff, S. 50. - S. auch z.B. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 715/16; O. Gönnewein, Gemeinderecht, S. 30/31 sowie S. 34 ff; K.J. Partsch, S. 303 ff; M. Woite, S. 70/71.

- 38) S. etwa die oben in Anm. 37 zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts sowie insbesondere das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20.5.1958, E 6, S. 342 ff, (344/45!), das beispielhaft der Sache nach argumentiert (und zwar in direktem Widerspruch zu der am gleichen Ort aufgestellten Behauptung, daß das, was als Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft anzusehen sei, "nur nach der historischen Entwicklung der einzelnen Rechtsgebiete beurteilt werden könne" (S. 345)).

und zudem durch nichts gerechtfertigte Umwege enthält: Zunächst einmal stellt die Klausel "im Rahmen der Gesetze" keinen Gesetzesvorbehalt dar; indem sie dennoch als solcher ausgelegt wird, stellt man grundsätzlich den gesamten örtlichen Aufgabenbereich zur Disposition des staatlichen Gesetzgebers (39), anstatt umgekehrt von vornherein den von Verfassungswegen gegen Eingriffe des Gesetzgebers unbedingt geschützten gemeindlichen Wirkungskreis eindeutig festzulegen. - Diese Gefährdung des (doch gewährleisteten) gemeindlichen Aufgabenbereichs durch den Gesetzgeber wird auch nicht dadurch beseitigt oder auch nur ausreichend vermindert, daß man Art. 28 II 1 GG als "Wesensgehaltschranke" qualifiziert, die es dem Gesetzgeber (sozusagen "nachträglich") verbietet, Eingriffe in die gemeindliche Selbstverwaltung (hier konkret: in den örtlichen Aufgabenbereich) vorzunehmen, die das "Wesen" der gemeindlichen Selbstverwaltung antasten, sie in ihrem "Kern" verletzen. Eine solche Wesensgehaltschranke ist nämlich nur dort sinnvoll und für den Schutz des gewährleisteten Rechtsgutes aus-

- Zwar ging es in den meisten bisher entschiedenen Fällen (einschließlich der beiden zitierten) lediglich um Beschränkungen innerhalb einzelner Aufgaben, nicht also um deren völligen Entzug; andererseits haben die verschiedenen Gerichte die von ihnen zur Frage der Beschränkungen entwickelten Grundsätze ausdrücklich auch für die Fälle für anwendbar erklärt, in denen der Gesetzgeber örtliche Aufgaben völlig entzieht. So macht das Bundesverfassungsgericht in seinen verschiedenen einschlägigen Entscheidungen keinerlei Unterschied zwischen Beschränkungen und Entzug. Das Bundesverwaltungsgericht läßt sogar ausdrücklich den Entzug von "weniger wichtigen Aufgabenbereichen" zu; der Kern der Selbstverwaltung bestehe nur darin, "daß den Gemeinden ... die Erledigung der Masse der Aufgaben (also nicht aller!) belassen werden muß, die ihrem Wesen nach Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind" (E 6, S. 24 bzw. S. 25). - Wegen der im Schrifttum erzielten Ergebnisse s. z.B. die oben in Anm. 37 genannten Fundstellen.

- 39) S. ausdrücklich z.B. H. Görg, Kommunales Dienstrecht, S. 58; A. Köttgen, Die Gemeinde, S. 39/40; K.J. Partsch, S. 303; M. Woite, S. 69 ff; ebenso das Bundesverwaltungsgericht (E 6, S. 19 ff, 4. Leitsatz und S. 25), denn wenn der Gesetzgeber den Gemeinden nur "die Masse der Aufgaben belassen muß, die ihrem Wesen nach Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sind", kann er zunächst grundsätzlich über alle örtlichen Aufgaben verfügen.

reichend, wo dessen "Wesen" eindeutig feststeht oder sich doch zumindest mit hinreichender Sicherheit ermitteln läßt und wo daher auch die Grenzen der Befugnisse des Gesetzgebers von vornherein bestimmt sind, so daß die Möglichkeit einer Verletzung derselben praktisch ausgeschlossen ist oder sich doch ohne Schwierigkeiten nachweisen läßt. Dies ist bei der "historischen" Auslegung des Art. 28 II 1 GG durch die h. M. aber gerade nicht der Fall: Das in Art. 28 II 1 GG gewährleistete "Wesen" der gemeindlichen Selbstverwaltung könnte letztlich nur dieser Bestimmung selbst entnommen werden. Eben das bestreitet aber die h. M. und greift stattdessen auf die historisch überlieferte gemeindliche Selbstverwaltung zurück (40). Deren Inhalt hat sich aber wiederholt geändert und war nicht nur nach Ländern, sondern auch je nach den Umständen und häufig auch Zufälligkeiten recht verschieden und zudem immer umstritten; insgesamt fehlt es also an einem auch nur einigermaßen gefestigten Bestand an überlieferter gemeindlicher Selbstverwaltung. Erst recht hat sich - abgesehen von grundsätzlichen Merkmalen, die jedoch weite Grenzbereiche offen ließen (41) - nie ein sicher faßbares "Wesen" der gemeindlichen Selbstverwaltung herausgebildet, das als zuverlässiger Maßstab für die Beurteilung von Eingriffen des Gesetzgebers - ob noch zulässig oder (weil bereits das "Wesen" verletzend) nicht - geeignet wäre (42). Die Auslegung des Art. 28 II

-
- 40) Das Bundesverfassungsgericht hat immer wieder betont (letztlich in seinem Beschluß vom 26.11.1963, DVBl. 1964, S. 269 ff, S. 270), daß bei der Bestimmung des unantastbaren Wesens "der geschichtlichen Entwicklung und den verschiedenen historischen Erscheinungsformen der Selbstverwaltung Rechnung getragen werden muß"; ähnlich der Verfassungsgerichtshof von Nordrhein-Westfalen (E 11, S. 149, 1. Leitsatz), wonach die Garantie den Wesensbestand der gemeindlichen Selbstverwaltung betrifft, "wie er sich nach der historischen Entwicklung darstellt"; - s. auch O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 51; A. Köttgen, Wesen, S. 213/14; M. Woite, S. 63 und 72 ff.
- 41) S. z.B. Fr. Glum, S. 389; Fr. Klein, Institutionelle Garantien, S. 56 ff; C. Schmitt, Freiheitsrechte, S. 143 ff.
- 42) S. z.B. das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 12.7.1960, E 11, S. 266 ff, S. 274, wo es selbst eingesteht: "Welche der Normen und Grundsätze, die den geschichtlich gewordenen Begriff der Selbstverwaltung näher bestimmen, sich auf den verfassungsrechtlich garantierten, gegen jede gesetzliche Schmälerung geschützten Kernbereich beziehen, war bereits unter der Herrschaft des Art. 127 WRV streitig und ist heute im Rahmen des Art. 28 GG im einzelnen streitig geblieben".

1 GG als "Wesensgehaltschranke" (und zwar i.S.v. Garantie des Wesens der überlieferten gemeindlichen Selbstverwaltung) vermag demnach die gemeindliche Selbstverwaltung nicht hinreichend vor jenen Gefahren zu schützen, die sich für sie - infolge der Auslegung der Klausel "im Rahmen der Gesetze" als Gesetzesvorbehalt - durch die grundsätzliche Befugnis des Gesetzgebers zu Eingriffen in den gemeindlichen Aufgabenbereich ergeben (43) (44).

-
- 43) S. auch E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 731: "Für den 'Rahmen der Gesetze' bildet der Wesenskern der Selbstverwaltung kein echtes Hindernis ..."; in diesem Sinne auch W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 49, wenn er auf den "großen Nachteil" hinweist, daß man nämlich dem Gesetzgeber "die ziemlich freie Bestimmung darüber einräumt, wieweit er den Gemeinden die Besorgung der öffentlichen Aufgaben in ihrem Gebiet wegnehmen und wieweit er sie ihnen belassen will. Dadurch wird die gemeindliche Zuständigkeitsvermutung weithin wieder entwertet ... Im Ergebnis läuft das darauf hinaus, daß der Bereich der kommunalen Selbstverwaltung durch die Entscheidung des Gesetzgebers abgesteckt wird". (Zwar bezogen sich diese Feststellungen W. Webers unmittelbar auf Art. 44 III der Niedersächsischen Verfassung von 1951; sie gelten aber gleichermaßen für die Auslegung des Art. 28 II 1 GG durch die herrschende Meinung. So hat sich W. Weber dann auch ausdrücklich zu der Auffassung bekannt: "Die Methode des Art. 28 GG ist eine wesentlich andere ... Diese (Gegenstände, die ihrer sachlichen Beschaffenheit nach solche der 'örtlichen Gemeinschaft' sind) sollen sämtlich den Gemeinden zur Regelung in eigener Verantwortung gebühren. Davon gibt es auch nichts durch den Gesetzgeber zu subtrahieren".)
- 44) Der Wert der nur als "Wesensgehaltschranke" aufgefaßten Gewährleistung der gemeindlichen Selbstverwaltung wird dadurch noch fragwürdiger, daß selbst der Begriff dieser "Wesensgehaltschranke" noch weitgehend unklar ist. Dies wird besonders deutlich etwa in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts von Nordrhein-Westfalen, der sich einerseits ausdrücklich der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts anschließt, andererseits aber dessen Maßstäbe erheblich verschiebt, wenn er von der "institutionellen Garantie des Wesensbestandes" spricht und in diesem Zusammenhang - unter der Voraussetzung, daß das Gemeinwohl solches zwingend erfordert - sogar auch "Eingriffe" in den "garantierten Wesensbestand" für zulässig

Aber auch dann, wenn die herrschende Meinung den unantastbaren Wesensgehalt (hier konkret: den gegen Eingriffe des Gesetzgebers von Verfassungen wegen geschützten Bereich der "örtlichen Angelegenheiten") tatsächlich nicht anhand des überlieferten gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts, sondern unmittelbar der Sache nach ermittelt (45), besteht im Vergleich zu der hier vertretenen Auslegung noch immer die Gefahr einer nicht durch Art. 28 II 1 GG gedeckten Schlechterstellung der gemeindlichen Selbstverwaltung: Indem infolge des (angeblichen) Gesetzesvorbehalts der Gesetzgeber zunächst einmal grundsätzlich zu Eingriffen berechtigt ist, spricht eine gewisse Vermutung für die Zulässigkeit des einzelnen Eingriffs (46); hier führt der Umweg über den Gesetzesvorbehalt also quasi zu einer "Umkehr der Beweislast" zum Nachteil der gemeindlichen Selbstverwaltung, weil es nun den Gemein-

erklärt (Urteil vom 7.7.1956, E 11, S. 149 ff, 1. und 5. Leitsatz); denn "institutionell garantiert" wird die gesamte Einrichtung mit der Wirkung, daß sie dadurch in ihrem Wesen unverletzlich wird; dieses Wesen ist dann aber auch absolut unverletzlich.

- 45) Die Praxis ist recht unterschiedlich: Teils richtet man sich tatsächlich nach der herkömmlichen Unterscheidung; teils beruft man sich zwar (wie das oben in Anm. 38 zitierte Beispiel mustergültig zeigt) auf die Tradition, urteilt aber in Wirklichkeit der Sache nach; in einigen Fällen schließlich wird das "Wesen" sofort von der Sache her bestimmt. Wie bereits dargelegt, kann aber auch eine Entscheidung anhand der traditionellen Abgrenzung letzten Endes nicht ohne eine Beurteilung der Sache nach auskommen, umso mehr, als ja auch die herrschende Meinung sachliche Veränderungen berücksichtigen will.
- 46) Zwar hat der Verfassungsgerichtshof von Nordrhein-Westfalen in seinem Urteil vom 7.7.1956 (E 11, S. 149 ff, 3. Leitsatz) - umgekehrt - ausgeführt: "Im Zweifel spricht die Vermutung dafür, daß ein Eingriff in den beim Zustandekommen der Verfassung vorhandenen Bestand an Selbstverwaltungsrechten eine Beeinträchtigung des garantierten Wesensbestandes darstellt". Diese Feststellung muß jedoch im Zusammenhang mit der an gleicher Stelle geäußerten Auffassung gesehen werden, daß unter bestimmten Voraussetzungen auch Eingriffe in den garantierten Wesensbestand zulässig seien (5. Leitsatz); demnach verwendet das Gericht andere als die üblichen Maßstäbe, so daß seine Ergebnisse für die herrschende Meinung nicht kennzeichnend sind.

den obliegt, die Vermutung der Zulässigkeit des betreffenden Eingriffs zu widerlegen und eine Wesensgehaltverletzung durch den Gesetzgeber nachzuweisen. Demgegenüber muß bei der hier vertretenen Auslegung der Gesetzgeber seinerseits bei jedem Eingriff dartun, daß er den Rahmen seiner von vornherein sehr eng begrenzten Zuständigkeit - nämlich die Befugnis lediglich zur Feststellung des der Sache nach bereits festliegenden Ergebnisses - eingehalten hat, - daß es sich im konkreten Fall also um eine der Sache nach staatliche Angelegenheit handelt.

Dieser Unterschied der Auslegung ist deshalb von wesentlicher Bedeutung, weil in den Grenzbereichen notwendig ein gewisser Spielraum vorhanden ist, der - folgt man der herrschenden Meinung - sozusagen automatisch die Befugnisse des Gesetzgebers im gleichen Ausmaß erweitert, während bei richtigem Verständnis des Art. 28 II 1 GG (umgekehrt) im Zweifel die gemeindliche Selbstverwaltung den Vorrang hat (47). Auch dann also, wenn die Wesensgehaltschranke unmittelbar der Sache nach ermittelt wird, führt die Auslegung des Art. 28 II 1 GG durch die herrschende Meinung zu erheblichen Nachteilen für die gemeindliche Selbstverwaltung (47a). Da tatsächlich jedoch das "Wesen" der gemeindlichen Selbstverwaltung noch immer weitgehend unter An-

47) S. o. unter B III, wonach das Prinzip der Freiheitlichkeit dem der Sozialstaatlichkeit (i. S. v. "Gemeinschaftsklausel") vorgeht, in diesem nur seine Begrenzung findet; das Entsprechende gilt dann auch für das Verhältnis der örtlichen Gemeinschaft zur staatlichen. - S. hierzu auch W. E. Genzer, Städtetag 1950, S. 317/18, und R. Neuhoff, DÖV 1952, S. 263.

47a) Schließlich wird auch dann, wenn das "Wesen" der gemeindlichen Selbstverwaltung unmittelbar von der Sache her bestimmt wird, die Grenze zwischen örtlichen und staatlichen Aufgaben anders - und zwar zum Nachteil der gemeindlichen Selbstverwaltung - verlaufen als bei der hier vertretenen Auslegung, weil die Wesensgehaltschranke, auch wenn sie im Extremfall eine absolute Grenze darstellt, typischerweise "leichtere" Eingriffe zuläßt, nur die "essentialia" sichert, die "accidentalia" also grundsätzlich ohne Schutz läßt. Erst wenn sich die "leichteren" Eingriffe derart häufen, daß sie insgesamt einen schwerwiegenden Eingriff bedeuten, wird die Wesensgehaltschranke auch für sie wirksam (s. hierzu M. Woite, S. 75, mit Nachweisen).

knüpfung an überlieferte Inhalte bestimmt wird (48), sind die Nachteile und Gefahren für die gemeindliche Selbstverwaltung noch ungleich größer.

Diese aus der Auslegung der herrschenden Meinung folgenden Nachteile und Gefahren für die gemeindliche Selbstverwaltung könnten nur dann hingenommen werden, wenn der zugrundeliegende Weg den Umständen nach der bestmögliche wäre. Da jedoch die aufgezeigten Nachteile und Gefahren bei der hier vertretenen Auslegung vermieden werden, ist ihr der Vorzug zu geben.

b. Eine möglichst eindeutige Bestimmung der "örtlichen" (im Gegensatz zu den "staatlichen") Angelegenheiten ist deshalb besonders wichtig, weil Art. 28 II 1 GG den Gemeinden (49) das Recht gewährleistet, "alle örtlichen Angelegenheiten" zu regeln; denn damit entscheidet nach der hier vertretenen Auffassung die Feststellung über die Natur der jeweiligen Aufgabe - ob "örtlich" oder "staatlich" - gleichzeitig auch über die Zuständigkeit: handelt es sich um eine (allein oder primär) "örtliche" Aufgabe, so ist in jedem Falle die Gemeinde (49) zuständig. Bei dieser Auslegung hat die Festlegung "alle örtlichen Angelegenheiten" also eine doppelte Bedeutung: Zunächst einmal bestätigt sie das bereits überlieferte und allgemein anerkannte Prinzip der gemeindlichen "Allzuständigkeit" (oder der "Universalität des gemeindlichen Wirkungskreises"), wonach die Gemeinden grundsätzlich ohne besondere entsprechende gesetzliche Ermächtigungen für alle anfallenden örtlichen Aufgaben zuständig sind (50) (51).

48) Bezeichnend ist hier der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 26.11.1963 (DVBl. 1964, S. 269 ff), wo bestimmte Beschränkungen der gemeindlichen Personalhoheit allein unter dem Gesichtspunkt ihrer Herkömmlichkeit für zulässig erachtet wurden.

49) - ausreichende Leistungsfähigkeit vorausgesetzt; ansonsten tritt (subsidiär) an ihre Stelle ein Gemeindeverband, letzten Endes der Landkreis (s. hierzu die Ausführungen oben zu B II 3, S. 16 ff). Hier interessiert jedoch lediglich die gemeindliche i.S.v. kommunale (Selbstverwaltungs-) Zuständigkeit im Verhältnis zu der des Staates.

50) S. bereits das Preuß. OVG in seinen beiden grundlegenden Entscheidungen vom 30.6.1877 (2. Bd., S. 190) sowie vom 25.2.1885 (12. Bd., S. 158: "Die Gemeinde kann hiernach alles in den Bereich ihrer Wirksamkeit ziehen, was die Wohl-

Ihre wesentlichere Bedeutung liegt aber darin, daß sie bezüglich der örtlichen Angelegenheiten die Gemeinden von Verfassungen wegen für ausschließlich zuständig erklärt und damit dem staatlichen Gesetzgeber bindend verbietet, diese Aufgaben an sich zu ziehen oder der Zuständigkeit eines Dritten zu überweisen. Insofern geht das Grundgesetz in Art. 28 II 1 also bemerkenswert über die Gewährleistung (nur) der gemeindlichen "Allzuständigkeit" hinaus, weil letztere - auch wenn sie

fahrt des Ganzen, die materiellen Interessen und die geistige Entwicklung des einzelnen fördert ..."); s. auch G. Anschütz in der Kommentierung der Weimarer Reichsverfassung (Anm. 2 zu Art. 127); s. außerdem z.B. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 715 ff, S. 716/17, 718, 730; O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 37 ff; W. Loschelder, Gemeindeordnungen, S. 24 ff. (Dieser Grundsatz ist auch in die Verfassungen mehrerer Länder der Bundesrepublik aufgenommen worden; s. z.B. Art. 137 I 2 der hessischen Verfassung).

- 51) Diese "Allzuständigkeit" für die örtlichen Angelegenheiten darf nicht verwechselt werden mit dem Prinzip der "Einheit der örtlichen Verwaltung" (oder klarer: "Einheit aller öffentlichen Verwaltung auf der Ortsstufe"), wie es in den Verfassungen fast sämtlicher Länder der Bundesrepublik postuliert wird (s. z.B. Art. 137 I 1 der hessischen Verfassung, wonach die Gemeinden in ihrem Gebiet "die ausschließlichen Träger der gesamten örtlichen öffentlichen Verwaltung" sind; ähnlich Art. 71 II 1 Verfg. Baden-Württ., Art. 44 III Verfg. Niedersachsen, Art. 78 II Verfg. Nordrhein-Westfalen, Art. 49 I Verfg. Rheinl.-Pfalz, Art. 39 I Verfg. Schleswig-Holstein); denn letzteres umfaßt auch den Bereich der (staatlichen) Auftrags- und Weisungsaufgaben, bei denen die gemeindliche Eigenverantwortung (zumindest grundsätzlich) ausgeschlossen ist (Einzelheiten über die neuartigen "Weisungsaufgaben" werden unten unter B V 3 erörtert). Tatsächlich werden beide Fragen nicht immer klar voneinander getrennt mit der Folge, daß es zu schwerwiegenden Mißverständnissen kommt (s. etwa W. Klatt, in Bay. Bürgermeister 1950, S. 99 ff; K.J. Partsch, insbes. S. 305 ff; M. Woite, insbes. S. 68/69). Über den wesentlichen Unterschied dieser beiden Grundsätze s. insbes. W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 48 ff; s. auch E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 715 und 730 ff, S. 736; O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 36 ff; W. Loschelder, Gemeindeordnungen, S. 24 ff; Das Bundesverwaltungsgericht, E 6, S. 19 ff, S. 23.

zunächst einmal eine umfassende Zuständigkeit der Gemeinden bewirkt - nicht verhindert, daß der staatliche Gesetzgeber einzelne örtliche Aufgaben an sich zieht oder Dritten zuweist und auf die Weise die Gemeinden von deren Regelung ausschließt (52).

Die herrschende Lehre ist demgegenüber unter Hinweis auf die sich unmittelbar anschließende Klausel "im Rahmen der Gesetze" der Auffassung, daß das Grundgesetz mit der Feststellung "alle örtlichen Angelegenheiten" lediglich das traditionelle Prinzip der "Allzuständigkeit" der Gemeinden festlege: danach hat Art. 28 II 1 GG die Wirkung einer Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Gemeinden, die jedoch vom Gesetzgeber beliebig - bis an die Grenze der Antastung des Wesensgehalts - widerlegt werden kann; eine ausschließliche Zuständig-

-
- 52) Im Ergebnis so auch E. Bohley, Bay. Bürgermeister 1949, S. 265 ff; W. E. Genzer, Städtetag 1950, S. 314 ff, S. 317; W. Grafe, DÖV 1955, S. 650 ff, S. 650; H.P. Ipsen, DÖV 1955, S. 225 ff, S. 227; Keßler, DVBl. 1953, S. 1 ff, S. 2; R. Neuhoß, DÖV 1952, S. 259 ff; insbesondere W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 49 und S. 50: "Diese (Gegenstände öffentlicher Verwaltung, die ihrer sachlichen Beschaffenheit nach solche der 'örtlichen Gemeinschaft' sind) sollen sämtlich den Gemeinden zur Regelung in eigener Verantwortung gebühren. Davon gibt es auch nichts durch den Gesetzgeber zu subtrahieren ... Sie (die Klausel 'im Rahmen der Gesetze') gestattet dem Gesetzgeber nicht, den Gemeinden bestimmte Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wegzunehmen und überhaupt den Kreis dieser Angelegenheiten von sich aus zu manipulieren ...". (A. Köttgen hat für diesen Tatbestand den Ausdruck "verfassungskräftiger Zuständigkeitsvorbehalt" geprägt; s. etwa Wesen, S. 214). - Die Auffassung E. Beckers liegt etwa auf der Mitte zwischen der hier vertretenen Auslegung und der herrschenden Meinung, wenn er - nach Abwägung der von den verschiedenen Seiten vorgebrachten Argumente - abschließend feststellt: "Die Gewährleistung aller Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft sichert also den Gemeinden institutionell einen nicht abgeschlossenen, sondern stets entfaltungsfähigen Wirkungskreis, der zwar durch Gesetz für einzelne Aufgaben abgewandelt werden kann, im Prinzip jedoch im Hinblick auf seine wesentlichen Grundlagen und mit Rücksicht auf seine ständige Erneuerungsfähigkeit unverletzlich ist" (Kommunale Selbstverwaltung, S. 717/18; ähnlich S. 730). Ausführlich zu dieser Frage noch O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 49 ff, und A. Köttgen, Die Gemeinde, S. 37 ff.

keit der Gemeinden bezüglich der örtlichen Aufgaben wird also verneint (53).

Diese Auffassung erkennt jedoch sowohl die grundlegende Bedeutung der am Anfang stehenden Formulierung "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" als auch den Wirkungsbereich der nachfolgenden Klausel "im Rahmen der Gesetze"; Zwar macht die herrschende Meinung (54) mit Recht geltend, daß allein aus der Stellung der Klausel "im Rahmen der Gesetze" hinter der Festlegung "alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft" nicht gefolgert werden kann, daß sich diese Klausel nur auf den nachfolgenden Satzteil "in eigener Verantwortung regeln" beziehe (55); tatsächlich gilt sie nämlich auch für den gemeindlichen Aufgabenbereich. Diese Feststellung ändert aber nichts daran, daß die Klausel "im Rahmen der Gesetze" entgegen der herrschenden Meinung keinen allgemeinen Gesetzesvorbehalt enthält, sondern dem Gesetzgeber nur ganz konkrete, klar begrenzte Befugnisse einräumt: Auch auf den vorangehenden Satzteil "alle örtlichen Angelegenheiten" bezieht sie sich einmal insofern, als sie - wie oben dargelegt - das Recht des Gesetzgebers zur (wenn auch nur feststellenden) verbindlichen Grenzziehung zwischen den Bereichen der örtlichen und der staatlichen Aufgaben ausspricht, - zum anderen insofern, als sie ein Mitspracherecht des staatlichen Gesetzgebers bei der Wahrnehmung derjenigen örtlichen Aufgaben normiert, bei denen überörtliche i.S.v. staatliche Interessen und Belange unmittelbar mit-

-
- 53) S. hierzu die in Anm. 25 und 26 aufgeführten Fundstellen. - Im Ergebnis macht es dennoch keinen Unterschied, wo man den (angeblichen) Gesetzesvorbehalt ansetzt, ob also der Gesetzgeber eine der Sache nach "örtliche" Angelegenheit zur "staatlichen" erklärt oder sie unter Anerkennung ihres örtlichen Charakters an sich zieht; denn in jedem Falle wird dadurch eine eigenverantwortliche Wahrnehmung durch die Gemeinde ausgeschlossen.
- 54) S. insbesondere O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 52 ff, S. 53/54!; H. Görg, Kommunales Dienstrecht, S. 58/59; A. Hamann, Anm. B 7 zu Art. 28 GG (S. 240); Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. IV 1 d zu Art. 28 GG (S. 707); Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 31 zu Art. 28 GG; K.J. Partsch, S. 302 ff; K.G. Wernicke, Anm. II 2 b γ zu Art. 28 GG; M. Woite, S. 64 ff.
- 55) S. die in Anm. 52 genannten Autoren, insbes. R. Neuhoff, DÖV 1952, S. 259 ff, und W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 49/50.

betroffen sind (56). Dagegen kann der Gesetzgeber an der Zuständigkeit der Gemeinden für sämtliche örtlichen Aufgaben nichts ändern, die verfassungskräftige Festlegung "alle" ist für ihn nicht einschränkbar (57).

56) Bisher wird dieses staatliche Mitspracherecht nicht unter dem Gesichtspunkt der Beschränkung der "örtlichen Angelegenheiten" (d.h. Bezug der Gesetzesklausel auf den vorangehenden Satzteil), sondern unter dem der Einflußnahme auf die "Regelung in eigener Verantwortung" (d.h. Bezug auf den nachfolgenden Satzteil), erörtert (s. insbesondere W. Grafe, DÖV 1955, S. 650, und H.P. Ipsen, DÖV 1955, S. 227: "Die Einschränkung 'im Rahmen der Gesetze' (betrifft) nicht den Aufgabenbereich, sondern Art und Weise ihrer Erledigung", nicht den "Gegenstand", sondern die "Art der Vollziehung"; - ebenso Keßler, DVBl. 1953, S. 2; R. Neuhoß, DÖV 1952, S. 260 ff; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 49/50). Bei dieser Auslegung wird jedoch übersehen, daß das staatliche "Mitspracherecht" tatsächlich bereits den Aufgabenbereich, also das "was" gemeindlicher Selbstverwaltung, und nicht erst die Eigenverantwortung, ihr "wie", einschränkt; denn in dem Maße, in dem der Gesetzgeber eine örtliche Angelegenheit "vorregelt", entfällt die gemeindliche Zuständigkeit (das "was") und ist daher gar kein Raum für gemeindliche Eigenverantwortung (das "wie"). (Von einer "Regelung der Art und Weise der Aufgabenerledigung" könnte also nur dort sinnvoll die Rede sein, wo noch Raum für Eigenverantwortung bleibt; dies ist, soweit der Gesetzgeber "vorregelt", aber eben nicht mehr der Fall. In dem (nach der "Vorregelung") übrig gebliebenen Aufgabenbereich ist dagegen die Eigenverantwortung prinzipiell uneingeschränkt und auch uneinschränkbar, so daß die Klausel "im Rahmen der Gesetze", soweit sie sich auf das nachfolgende Merkmal "in eigener Verantwortung" bezieht, keine unmittelbaren Beschränkungen, sondern lediglich die Regelung der staatlichen Aufsicht über die Gemeinden zu rechtfertigen vermag). - (Wie hier hinsichtlich der Einschränkung schon des Aufgabenbereichs durch staatliche "Vorregelung" auch insbes. A. Köttgen, Die Gemeinde, z.B. 3. 40 ff, der insoweit von "regulierenden" Gesetzen spricht - im Gegensatz zu denen, durch die der Gesetzgeber über örtliche Aufgaben "disponiert"; der Feststellung, daß dem Gesetzgeber bei der "Regulierung" grundsätzlich keine Grenze gezogen sei (S. 41), muß jedoch widersprochen werden; hierzu s. unten im Text, insbes. Anm. 60).

57) So auch die in Anm. 53 aufgeführten Autoren.

Aber auch aus der Formulierung "im Rahmen der Gesetze" ergibt sich, daß der Gesetzgeber lediglich innerhalb des der Sache nach feststehenden Bereichs der örtlichen Aufgaben einen "Rahmen" schaffen kann, der die angemessene Berücksichtigung der unmittelbar mitbetroffenen staatlichen Notwendigkeiten und Interessen sicherstellt, innerhalb dessen jedoch in jedem Falle die Gemeinden zuständig bleiben und der folglich (das folgt bereits aus dem Begriff "Rahmen") ausreichend Spielraum für eigene Entschlieung und Entscheidung der Gemeinden lassen muß (58).

Im einzelnen richtet sich das Ausmaß des staatlichen Mitspracherechts nach dem Ausmaß, in dem staatliche Interessen unmittelbar mitbetroffen sind, so daß bei der rein örtlichen Angelegenheit der Staat keinerlei Einflußrechte hat, während er bei Aufgaben, die ihn unmittelbar mitbetreffen, das "ob" oder gegebenenfalls sogar die Grundzüge des "wie" "vorregeln" darf. Hierbei ist er - wegen des prinzipiellen Vorranges der Gemeinden vor dem Staat hinsichtlich der örtlichen Angelegenheiten (59) - an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden, d.h. er muß sein Mitspracherecht auf das Notwendige beschränken und zudem in einer Weise ausüben, die die gemeindliche Eigenverantwortung in geringstmöglichem Maße einengt (60).

- 58) Dieser Tatbestand läßt sich an dem Bild mehrerer konzentrischer Kreise veranschaulichen, von denen der äußerste das "ob" einer Aufgabe betrifft, während durch die inneren Kreise die verschiedenen, immer konkreteren Stufen des "wie" dargestellt werden: Qualitativ bleibt den Gemeinden (nur) ein - mehr oder minder großer - "Innen"- oder "Kern"-Bereich, quantitativ mindestens ein geringer Anteil.
- 59) S. die Ausführungen oben unter B III.
- 60) Zu grundsätzlich dem gleichen Ergebnis gelangt letzten Endes über den Umweg der "Wesensgehaltschranke" auch die herrschende Meinung; s. hierzu die oben in Anm. 26 genannten Fundstellen. - Unverständlich ist es daher, wenn A. Köttgen im Hinblick auf die zahlreichen Stufen von der alleinigen gemeindlichen Zuständigkeit über die mit dem Staat "geteilte" (s. oben Anm. 58) bis zur alleinigen staatlichen Zuständigkeit meint: "Verfassungsrechtlicher Begrenzung unterliegen die in dieser Art ein bestimmte Agende verwandelnden Gesetze offenbar nicht ... Daher kann jede Verwaltungsaufgabe gesetzlich geregelt werden, ohne daß auch der Intensität dieser Regelung durch Art. 28 eine Grenze gezogen worden wäre" (Die Gemein-

Auch im Hinblick auf die Eingrenzung dieses staatlichen Mitspracherechts besteht jedoch weder die Notwendigkeit noch überhaupt Raum für die Annahme einer "Wesensgehaltschranke", weil das Mitspracherecht von vornherein von der Sache her bedingt und zugleich begrenzt wird; eine Überschreitung dieser Grenzen stellt demnach eine unmittelbare Verletzung der Selbstverwaltungsgarantie in Art. 28 II 1 GG dar, ohne daß darüberhinaus das "Wesen" der gemeindlichen Selbstverwaltung angetastet werden müßte (61).

Bei dieser Auslegung des Satzes "alle örtlichen Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze" unterscheiden sich zwar die Einzelergebnisse nur verhältnismäßig wenig von denen, die die herrschende Lehre unter Anknüpfung an überlieferte Inhalte gemeindlicher Selbstverwaltung findet, weil dort die dem einfachen Gesetzgeber (im Wege der Annahme eines "Gesetzesvorbehalts") zunächst geöffnete Möglichkeit zu unmittelbaren Eingriffen in den Bereich der örtlichen Aufgaben durch die Errichtung einer "Wesensgehaltschranke" weitgehend wieder verschlossen wird. Wie oben dargelegt wurde, stellt diese "Wesensgehaltschranke" jedoch keine sichere und zudem - wie sich aus dem Begriff "Wesen" ergibt, der typischerweise etwas nur in Umrissen, prinzipiell, Festliegendes bezeichnet - nur in extremen Fällen eine absolute, in der Regel aber eine relative Grenze dar, die folglich Eingriffe selten gänzlich verbietet, sondern meist nur in ihrem Ausmaß be-

de, S. 41); denn gerade angesichts der Tatsache, daß - wegen des unmittelbaren Betroffenseins staatlicher Belange bei fast allen örtlichen Aufgaben - die Mehrzahl der gemeindlichen Aufgaben durch den Gesetzgeber vorgeregelt ist, hat Art. 28 II 1 GG nur dann die beabsichtigte Gewährleistungswirkung, wenn die Befugnisse des Gesetzgebers eben in diesem Bereich klar begrenzt sind.

- 61) Abgesehen davon, daß sich die (noch) Zulässigkeit oder (bereits) Unzulässigkeit einer gesetzlichen "Vorregelung" derart direkt feststellen läßt, fehlt es bei der hier vertretenen Auslegung hinsichtlich des "primär örtlichen" Aufgabenbereichs insofern an einem absolut geschützten "Wesen", als die Gewährleistung des Art. 28 II 1 GG nicht verhindern will und kann, daß sich die sachlichen Verhältnisse und damit auch die Natur der betroffenen Aufgaben (hier von "primär örtlich" zu "staatlich") ändern. Hat sich also eine zunächst örtliche Aufgabe der Sache nach zu einer staatlichen gewandelt, so wird sie nicht mehr durch Art. 28 II 1 GG betroffen, so daß insoweit jeglicher Schutz für die Gemeinden entfällt.

schränkt (62). Auf diese Weise sind abweichende Ergebnisse durchaus möglich und kommen in der Praxis auch vor. Z.B. bedeutet es einen erheblichen Unterschied, ob der Staat eine einzelne, der Sache nach örtliche Angelegenheit zwar wegen unmittelbaren Betroffenseins in seinen Interessen weitgehend durch Gesetz "vorregeln" kann, sie der Gemeinde aber als solche belassen muß, - oder ob er befugt ist, sie gänzlich an sich zu ziehen und auf diese Weise jegliche gemeindliche Eigenverantwortung (wenn auch zum großen Teil nur in der Form der "Mitverantwortung" (63)) auszuschließen (64). Nach Art. 28 II 1 GG soll den Gemeinden der Bereich der örtlichen Aufgaben aber absolut garantiert sein, so daß die Auslegung der herrschenden Meinung dem Willen des Grundgesetzes nicht gerecht wird. Schließlich kann die herrschende Meinung mit ihren Mitteln nicht das Ausmaß des staat-

-
- 62) So weist M. Woite (S. 75, im Anschluß an den Verfassungsgerichtshof von Nordrhein-Westfalen sowie an das Bundesverwaltungsgericht) darauf hin, daß unter Umständen Einschränkungen der gemeindlichen Selbstverwaltung, die - jede für sich betrachtet - das "Wesen" unangetastet lassen und daher einzeln zulässig sind, in ihrem Zusammenwirken, in ihrer "Häufung", die gemeindliche Selbstverwaltung in ihrem "Kern" verletzen können.
- 63) Soweit der Gesetzgeber die betreffende Aufgabe "vorregelt", wird zwar die gemeindliche Eigenverantwortung nicht nur eingeschränkt, sondern völlig ausgeschlossen, während andererseits für den Restbereich allein die Gemeinde zuständig ist; insoweit kann also nicht von "Mitverantwortung" die Rede sein. Dagegen nimmt die herrschende Meinung eine gemeindliche "Mitverantwortung" auch für den staatlich vorgeregelten Aufgabenteil an, wenn sie die gesetzliche Vorregelung nicht als Aufgabenbeschränkung, sondern lediglich als Einflußnahme auf die Art und Weise der Aufgabenerledigung ansieht (s. oben Anm. 56). Von der Idee der gemeindlichen Selbstverwaltung her erscheint die Annahme einer solchen gemeindlichen "Mitverantwortung" auch gerechtfertigt (s. hierzu auch die Ausführungen unten unter 3 d).
- 64) Zwar betreffen die einschlägigen Gerichtsentscheidungen konkret fast immer Fälle, die bei der hier vertretenen Auslegung im Ergebnis gleich beurteilt worden wären, jedoch lassen die dabei gegebenen Begründungen ausdrücklich Entscheidungen (insbesondere den völligen Entzug von Aufgaben) zu, die von der hier vertretenen Auslegung abweichen; s. hierzu oben Anm. 24 und 25 i.V.m. Anm. 38.

lichen Mitspracherechts im Bereich der primär örtlichen, aber gleichzeitig staatliche Interessen unmittelbar betreffenden Aufgaben ausreichend zuverlässig bestimmen, weil sich ein solches Mitspracherecht wiederum nur aus der Sache folgern läßt; auch die Wesensgehaltschranke ist insoweit - insbesondere im Hinblick auf ihren anhand der überlieferten gemeindlichen Selbstverwaltung ermittelten Inhalt - als Maßstab ungeeignet (65).

Damit erweist sich der von der herrschenden Meinung bei der Auslegung des Merkmals "alle örtlichen Angelegenheiten im Rahmen der Gesetze" in Art. 28 II 1 GG beschrittene Weg insgesamt als nicht geeignet, den Willen des Grundgesetzes zur Geltung zu bringen und muß daher abgelehnt werden.

c. Hinsichtlich der Bedeutung des Wortes "regeln" ergeben sich im wesentlichen keine Unterschiede in der Auffassung, nachdem heute allgemein anerkannt ist, daß das Recht der gemeindlichen Selbstverwaltung nicht in dem streng technischen Sinn von "Selbst-Verwaltung", sondern umfassend zu verstehen ist als das Recht, diejenigen Entscheidungen zu treffen und sich dabei derjenigen Rechtsformen zu bedienen, die erforderlich sind, um die örtlichen Angelegenheiten bestmöglich wahrnehmen zu können. Daher sind die Gemeinden auf Grund des in Art. 28 II 1 GG gewährleisteten Selbstverwaltungsrechts nicht nur befugt, Verwaltungsmaßnahmen zu treffen, sondern auch - soweit abstrakte und generelle Regelungen erforderlich sind - Rechtsnormen (in der Form einer gemeindlichen Satzung) zu setzen, durch die die Gemeindeeinwohner ebenso verpflichtet werden wie durch staatliches Gesetz (66).

Abschließend läßt sich zu dem Merkmal "alle örtlichen Angelegenheiten

65) S. als Extrem insbesondere A. Köttgen (oben Anm. 60), nach dessen Meinung das staatliche Mitspracherecht keinerlei verfassungsrechtlicher Begrenzung unterliegt.

66) Das in Art. 28 II 1 GG gewährleistete Recht der gemeindlichen Selbstverwaltung umfaßt also auch die sog. Autonomie; s. z.B. das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 7.3.1958, E 6, S. 247 ff, S. 252/53!; E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 712 und S. 723; J. David, S. 99 ff; O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 37; A. Hamann, Anm. B 8 zu Art. 28 GG (S. 241); Fr. Klein bei H.v.Mangoldt - Fr. Klein, Anm. IV 1 c zu Art. 28 GG (S. 707); Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 35 zu Art. 28 GG; z.T. anderer Ansicht A. Köttgen, Die Gemeinde, S. 99 ff.

im Rahmen der Gesetze regeln" feststellen, daß die hier vertretene Auslegung zwar nicht zu wesentlich anderen Ergebnissen als die herrschende "historische" Auslegung führt, daß sie aber wesentlich sichere Ergebnisse ermöglicht und, da sie diese unmittelbar aus Art. 28 II 1 GG sowie aus dem Grundgesetz überhaupt herleitet, sich darauf berufen kann, den Willen des Grundgesetzes optimal zur Geltung zu bringen.

- 3) Im Gegensatz zum Streit über den durch Art. 28 II 1 GG gewährleisteten Aufgabenbereich bestehen bezüglich der Festlegung des "wie", der Art und Weise der Wahrnehmung dieser Aufgaben ("im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung"), keine grundsätzlichen Meinungsverschiedenheiten.

a. Herkömmlich sieht man die gemeindliche Selbstverwaltung weniger durch den Gesetzgeber als vielmehr durch die staatliche Exekutive gefährdet (67). Folglich sind seit den Anfängen der modernen gemeind-

-
- 67) Das liegt an der Tatsache, daß die gemeindliche Selbstverwaltung - noch zur Zeit des absoluten Staates durch die Stein'sche Städteordnung von 1808 zu neuem Leben erweckt - vom Bürger-tum als Teil der (staats-) "freien Gesellschaftssphäre" beansprucht und dem absoluten Staat entgegengesetzt wurde, der durch die unumschränkte Herrschaft des Monarchen charakterisiert war. Dieses Bild änderte sich auch in der konstitutionellen Monarchie im Prinzip nicht, weil hier die Volksvertretung - durch deren Befugnisse der Herrscher ja auch im Bereich der Legislative noch keineswegs verdrängt, sondern lediglich eingeschränkt wurde - durchaus noch in der Abwehrstellung dem Herrscher gegenüber verharrte und daher gar nicht dazu kam, in einer Weise im Staat aktiv mitzuwirken, die die Rechte der Gemeinden zugunsten erweiterter Befugnisse des Staates (im Bereich der Legislative) gefährdet hätte. Außerdem wurde die Einrichtung einer Volksvertretung unmittelbar als die Verwirklichung der Idee der "Selbstverwaltung" im staatlichen Bereich angesehen, so daß es unvorstellbar erschien, daß die Volksvertretung als Gesetzgeber die Rechte der gemeindlichen Selbstverwaltung einschränkte. Erst die durch die Weimarer Reichsverfassung von 1919 erstmals verwirklichte umfassende Demokratisierung des Staates - mit der vom gesamten Staatsvolk gewählten zentralen Volksvertretung als oberstem, in seinen Befugnissen grundsätzlich unbeschränkten Organ, das in dieser Funktion

lichen Selbstverwaltung alle Sicherungen der gemeindlichen Selbstverwaltung allein oder doch in erster Linie gegen die staatliche Exekutive gerichtet. Aus diesem Grunde war nie umstritten, daß die Gewährleistung gemeindlicher Eigenverantwortung der staatlichen Exekutive verbietet, - abgesehen von der Ausübung von Aufsichtsrechten, die jedoch besonderer Erörterung bedürfen (68) - in den Selbstverwaltungsbereich einzugreifen, insbesondere also Weisungen zu erteilen, durch die insoweit die gemeindliche Eigenverantwortung ausgeschlossen würde (69). Andererseits wird jedoch - wegen der Einschränkung "im Rahmen der Gesetze" - der Gesetzgeber für befugt angesehen, durch entsprechende

die gesamte Staatstätigkeit durch entsprechende Gesetze bestimmte und lenkte - machte deutlich, daß angesichts des natürlichen Gegensatzes Gesamtstaat - örtliche Gemeinschaft (=Einheit - Vielheit) die gemeindliche Selbstverwaltung auch in einem demokratischen Staat gefährdet ist, und zwar umso stärker, je vielseitiger und umfassender die Aufgaben und damit auch die Befugnisse des Staates sind. Seitdem ist also der staatliche Gesetzgeber (insbesondere im modernen "Wohlfahrtsstaat") der Hauptgegenspieler der gemeindlichen Selbstverwaltung, indem er durch seine Regelungen die gemeindliche Zuständigkeit von vornherein ausschließt, so daß eine Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung nur dann wirksam ist, wenn sie auch die Befugnisse des Gesetzgebers begrenzt. - Diese Zusammenhänge werden jedoch - seltsamerweise - häufig nicht gesehen oder doch zumindest in ihrer Tragweite verkannt, so daß bis heute die staatliche Exekutive als diejenige Stelle angesehen wird, vor deren Eingriffen die gemeindliche Selbstverwaltung in erster Linie geschützt werden muß. (Zur Lage in der Weimarer Zeit s. z.B. H. Herzfeld, Demokratie und Selbstverwaltung in der Weimarer Epoche, passim, und C. Schmitt, Freiheitsrechte, S. 143 ff; - über die augenblickliche Situation s. vor allem A. Köttgen, Die Gemeinde, passim, insbes. S. 24 ff, S. 46 ff und S. 68 ff, und W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 32/33 und S. 36).

- 68) Hierüber s. unten im Text unter b.
- 69) Die besonderen Probleme und Möglichkeiten, die sich aus der Ersetzung der überlieferten "Auftragsangelegenheiten" durch die sog. "Weisungsaufgaben" (so in den Ländern Baden-Württemberg, § 2 III GO; Hessen, § 4 GO; Nordrhein-Westfalen, § 3 II GO; Schleswig-Holstein, § 3 II GO) ergeben, werden unten unter d. gesondert erörtert.

gesetzliche "Vorregelung" von örtlichen Aufgaben sowie des bei der Aufgabenwahrnehmung einzuhaltenden Verfahrens (also der Art und Weise ihrer Erledigung) die gemeindliche Eigenverantwortung auch im Bereich der örtlichen Angelegenheiten zu beschneiden oder zumindest einzugrenzen (70). Zwar handelt es sich hierbei genau besehen - entgegen der herrschenden Auffassung - nicht um eine Einschränkung (erst) der örtlichen Eigenverantwortung, sondern (bereits) des Aufgabenbereichs (71), doch ist das Ergebnis letztlich das gleiche, daß nämlich jedenfalls insoweit, als der staatliche Gesetzgeber eine örtliche Aufgabe "vorregelt", eigenverantwortliche gemeindliche Entschlüsse unmöglich sind. - Allerdings besteht insofern ein Unterschied, als nach der hier vertretenen Ansicht die staatliche "Vorregelung" keine umfassende sein darf, sondern Spielraum für örtliche Eigenverantwortung lassen muß, während die herrschende Meinung - da sie auch den völligen Entzug einzelner örtlicher Angelegenheiten für zulässig hält - dem Gesetzgeber auch das Recht einräumt, eine örtliche Angelegenheit gegebenenfalls bis in alle Einzelheiten zu regeln; dieser Punkt gehört jedoch letztlich nicht hierher, sondern zur Frage des Aufgabenbereichs (72).

b. Einigkeit besteht zunächst darüber, daß dem Recht der einzelnen örtlichen Gemeinschaften, ihre Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu regeln, die Befugnis des - letztlich für die ordentliche Erfüllung aller öffentlichen Aufgaben zuständigen und verantwortlichen - Staates

70) So nicht nur die herrschende Meinung (s. z.B. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 718 ff; O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 49 ff und S. 172 ff; A. Hamann, Anm. B 7 zu Art. 28 GG; Fr. Klein bei H.v.Mangoldt - Fr. Klein, Anm. IV 1 d zu Art. 28 GG; Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 31 zu Art. 28 GG; U. Scheuner, Die institutionellen Garantien, S. 100/01; K.G. Wernicke im Bonner Kommentar, Erl. II 2 b zu Art. 28 GG), sondern auch die Vertreter der Auffassung, daß sich die Klausel "im Rahmen der Gesetze" nicht auf die örtlichen Angelegenheiten beziehe (s. hier z.B. E. Bohley, Bay. Bürgermeister 1949, S. 265/66; H.P. Ipsen, DÖV 1955, S. 227; R. Neuhoß, DÖV 1952, S. 259 ff; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 39/40 und S. 49/50).

71) S. hierzu oben unter 2, insbesondere Anm. 56.

72) Insoweit wird auf die entsprechenden Ausführungen oben unter 2) verwiesen.

entspricht, die Gemeinden in dieser ihrer Tätigkeit zu beaufsichtigen (sog. Kommunalaufsicht (73)). Diese staatliche Kontrolle ist zwar in erster Linie "Rechtsaufsicht" mit dem Ziel, die Einhaltung der Gesetze (73a) zu überwachen und notfalls zwangsweise durchzusetzen. Ausnahmsweise erstreckt sie sich aber auch in dem Maße auf die Zweckmäßigkeit des gemeindlichen Wirkens im örtlichen Bereich, als es der Gang einer geordneten Verwaltung erfordert (74); allerdings

-
- 73) S. z.B. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 706/07, und Die Selbstverwaltung, S. 165 ff; R. Elleringmann, Kommunalaufsicht, S. 42 ff; O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 172 ff, insbes. 176/77, und Die Kommunalaufsicht, S. 511 ff; W. Henrichs, Rechtsprechung, S. 735; A. Köttgen, Wesen, S. 217 ff; Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 33 zu Art. 28 GG; H. Peters, Grenzen, insbes. S. 216 ff; U. Scheuner, Die institutionellen Garantien, S. 100/01; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 44/45; K. Zuhorn, Gemeindeverfassung, S. 63; das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 18.11.1955, E 2, S. 329 ff. - Das Gegenstück zur "Kommunalaufsicht" bildet die "Fachaufsicht", die der Staat im Bereich der staatlichen Auftragsangelegenheiten (über die Besonderheiten der "Weisungsaufgaben" s. unten unter d.) wie über nachgeordnete staatliche Behörden ausübt (hierüber s. z.B. D. Jesch, Rechtsstellung, S. 740 ff), wo ihm also auch ein prinzipiell unbeschränktes Weisungsrecht zusteht. Hier interessiert nur die "Kommunalaufsicht".
- 73a) Zwar ist auch in den meisten Gemeindeordnungen lediglich von der Überwachung der "Gesetz"-Mäßigkeit die Rede (s. z.B. § 135 HessGO: " ... im Einklang mit den Gesetzen"); diese Formulierung ist jedoch insofern unvollständig und mißverständlich, als Maßstab der "Rechtsaufsicht" tatsächlich nicht nur die staatlichen Gesetze, sondern alle für die Gemeinde in Betracht kommenden Rechtsnormen sind, d.h. Verordnungen, Gewohnheitsrecht und auch das Ortsrecht (d.h. Satzungen und Observanzen) eingeschlossen, wenn auch letzteres von der Gemeinde durch entsprechende Satzung abgeändert werden kann (s. hierüber z.B. E. Becker, Die Selbstverwaltung, S. 167).
- 74) S. hierzu vor allem E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 707, und Die Selbstverwaltung, S. 166/67; R. Elleringmann, S. 45 ff, insbes. 49 ff; O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 174 ff, und Die Kommunalaufsicht, passim, bes. S. 524 ff; W. Henrichs,

ist sie hier darauf beschränkt, grobe Mißbräuche abzustellen oder Fehler zu verhindern, d.h. der nur zur Beaufsichtigung berufene Staat darf nicht sein Ermessen an die Stelle des Ermessens der Gemeinden setzen (75). Dies folgt bereits aus dem Wesen der Aufsicht, ergibt sich insbesondere aber auch aus dem Begriff der Eigenverantwortung, der notwendig jeden positiven (Zweckmäßigkeits-) Eingriff eines Dritten ausschließt (76) (76 a).

Auch hinsichtlich der Ausgestaltung der Kommunalaufsicht im einzelnen stimmt die hier vertretene Auffassung weitgehend mit der herrschenden Meinung überein. Insbesondere ist unbestritten, daß die mit der Aufsicht befaßten staatlichen Organe - nämlich der Gesetzgeber bezüglich der Normierung von konkreten Aufsichtsrechten und die staatliche Exekutive bei ihrer Handhabung - an den Grundsatz der

DVBl. 1954, S. 735/36 (mit Nachweisen aus der Rechtsprechung); A. Köttgen, Wesen, S. 219/20; K. Müller, Genehmigungsvorbehalte, passim, bes. S. 177 ff; H. Pagenkopf, Kommunalwissenschaft, S. 224 ff; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 44/45; K. Zuhorn, Gemeindeverfassung, S. 64. - Das insoweit engere Landesverfassungsrecht interessiert in diesem Zusammenhang nicht (s. z.B. O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 200 ff).

- 75) S. hierzu z.B. R. Elleringmann, S. 49 ff, insbes. S. 52/53; allgemein z.B. E. Becker, Die Selbstverwaltung, S. 167; O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 176/77; K. Müller, Genehmigungsvorbehalte, S. 173/74; H. Pagenkopf, S. 224/25.
- 76) S. hierzu oben unter B II 4 (s. auch O. Gönnenwein, Fragen, S. 222/23).
- 76 a) Eigenverantwortung ist den Gemeinden gewährleistet hinsichtlich der "örtlichen Angelegenheiten". Da hierzu nicht die Grundlagen der gemeindlichen Existenz gehören, die gemeindliche Selbstverwaltung erst ermöglichen, ist der Staat insoweit nicht auf eine "Aufsicht" beschränkt, sondern unmittelbar selbst zuständig, wenn er auch wegen der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung mannigfachen Bindungen unterliegt und insbesondere die betroffenen Gemeinden beteiligen muß. Daher muß dieser Bereich im folgenden ausgeklammert werden (s. hierzu z.B. R. Elleringmann, Kommunalaufsicht, S. 39 ff, insbes. S. 56 ff; O. Gönnenwein, Die Kommunalaufsicht, S. 526, und Gemeinderecht, S. 74 ff (S. 77 ff!), S. 82 ff, S. 122 ff, S. 173/74; K. Müller, Genehmigungsvorbehalte, S. 189 ff; das OVG Münster in seinem Urteil vom 8.1.1964, DVBl. 1964, S. 678 ff, S. 680).

Verhältnismäßigkeit gebunden sind (77). So muß zunächst der Gesetzgeber entsprechend der Vielfalt der Fälle, die ein Einschreiten der staatlichen Aufsicht erfordern, eine weite Stufenskala von Aufsichtsmitteln vorsehen, damit im konkreten Fall das geringstmögliche Mittel angewandt werden kann; die Aufsichtsmittel müssen daher von den geringsten Maßnahmen wie Beratung und Unterrichtung bis hin zu Eingriffsrechten reichen, kraft deren notfalls die gesamte örtliche Verwaltung vom Staat übernommen werden kann (78). Gleichermäßen dürfen die zuständigen Exekutivorgane jeweils nur das geringstmögliche Aufsichtsmittel wählen, d.h. dasjenige, das geeignet und ausreichend ist, unter den gegebenen Umständen bei weitestgehender

77) S. z.B. die in Anm. 75 genannten Fundstellen.

78) Die zulässigen Aufsichtsmittel sind in allen Bundesländern im wesentlichen einheitlich geregelt. Sie reichen von der Unter- richtung (Information), die eine Kontrolle erst ermöglicht, über das Recht der Beanstandung - mit dem Ziel der Aufhebung - einzelner rechtswidriger Maßnahmen als geringsten (rein "negativen") Eingriff, die Befugnis, Anweisungen (Anordnungen) zu geben (mittelbar positiver Eingriff) als nächste und das Recht der Ersatzvornahme (unmittelbarer positiver Eingriff) als weitere Stufe bis hin zur Bestellung eines staatlichen Beauftragten für die Wahrnehmung einzelner Aufgaben, bestimmter Sachbereiche oder notfalls der gesamten örtlichen Verwaltung als äußerstem Mittel. Die Gemeindeordnungen der Länder Bayern (Art. 114 II), Bremen (für Bremerhaven, § 97), Hessen (§ 64), und Nordrhein-Westfalen (§ 111) sehen darüberhinaus die Möglichkeit der Auflösung des Vertretungsorgans vor. Allein die Gemeindeordnung von Schleswig-Holstein enthält als weitere mögliche Aufsichtsmaßnahme die Verhängung einer (in mehreren Abstufungen möglichen) Finanzsperre (§ 126), die sich jedoch einer Einordnung in das je nach der Intensität des notwendigen Eingriffs gestaffelte System der eigentlichen Aufsichtsrechte (s.o.) entzieht und deren Zulässigkeit insbesondere unter diesem Gesichtspunkt (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) höchst zweifelhaft ist. Diese Frage kann indessen an dieser Stelle nicht im einzelnen erörtert werden. Im weiteren Sinn gehören auch die mannigfachen Mitteilungs- (bzw. Anzeige-) Pflichten und insbesondere Genehmigungsvorbehalte zu den Mitteln der Kommunalaufsicht; sie werden unten (unter c.) gesondert behandelt. - Zu den einzelnen staatlichen Aufsichtsmitteln s. insbesondere E. Becker, Die Selbstverwaltung, S. 168 ff; R. Elleringmann, S. 65 ff; O. Gönnewein, Gemeinde- recht, S. 183 ff.

Schonung der gemeindlichen Eigenverantwortung den Zweck der Aufsicht zu erreichen (79).

c. Besonderer Erörterung bedürfen in diesem Zusammenhang die in allen Gemeindeordnungen vorgesehenen mannigfachen "Genehmigungsvorbehalte" (80) (80a). Es handelt sich dabei darum, daß die Wirksamkeit bestimmter gemeindlicher Entschlüsse durch Gesetz von

-
- 79) So ausdrücklich die entsprechenden Bestimmungen in den Gemeindeordnungen, z.B. § 135 Hess.GO: "... Die Aufsicht soll so gehandhabt werden, daß die Entschlußkraft und die Verantwortungsfreudigkeit der Gemeinden nicht beeinträchtigt werden"; über Einzelheiten s. z.B. E. Becker, Die Selbstverwaltung, S. 166/67, und O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 179 ff.
- 80) Nicht hierher gehören die (jeweils in Spezialgesetzen geregelten) Fälle sog. "Sonderaufsicht", wo die betroffene Gemeinde wie jeder andere (auch Privatmann) für bestimmte Maßnahmen einer Genehmigung bedarf, so z.B. nach dem Energiewirtschaftsgesetz, dem Personenbeförderungsgesetz, den Forstgesetzen u. a.; s. hierüber z.B. E. Becker, Die Selbstverwaltung, S. 165; R. Elleringmann, S. 83 ff; O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 206 ff. - Allerdings wird der Begriff "Sonderaufsicht" nicht immer in dieser engen Begrenzung gebraucht; vielmehr findet er insbesondere Anwendung als Sammelbegriff für die Fälle von (auf "negative" Eingriffe begrenzter) Ermessenskontrolle im Rahmen der Kommunalaufsicht (s. z.B. E. Becker, Die Selbstverwaltung, S. 172 ff; weitere Hinweise bei O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 206 ff). Schließlich ist in Nordrhein-Westfalen für die neu eingeführten "Weisungsaufgaben" (hierüber s. im Anschluß unter d.) wegen der wesentlichen Umgestaltung des staatlichen Weisungsrechts der herkömmliche Begriff der "Fachaufsicht" durch den der "Sonderaufsicht" ersetzt worden (s. § 106 II GO Nordrhein-Westfalen). - Um Mißverständnissen vorzubeugen, wird in der vorliegenden Arbeit dieser Begriff daher vermieden.
- 80a) Speziell zu diesem Problemkreis s. vor allem E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 703/04 und 719/20, und Die Selbstverwaltung, S. 172 ff; O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 197 ff und S. 200 ff, sowie Die Kommunalaufsicht, passim; A. Köttgen, Wesen, S. 220 ff; K. Müller, Genehmigungsvorbehalte, passim.

der ausdrücklichen Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörden abhängig gemacht ist. Hier müssen die Fälle, in denen der Staat lediglich eine Rechtsaufsicht ausübt und daher die Genehmigung nur dann versagen darf, wenn die betreffende gemeindliche EntschlieÙung die Gesetze verletzt, von denen unterschieden werden, bei denen dem Staat ausnahmsweise auch eine begrenzte Ermessenskontrolle eingeräumt ist (81). Zwar bereitet die Grenzziehung insofern häufig Schwierigkeiten, als die Aufsicht in der Regel auf die Feststellung von "Ermessensüberschreitungen" oder sonstigen "Ermessensfehlern", also von groben Zweckmäßigkeitsverstößen, beschränkt und somit einer reinen Rechtsaufsicht angenähert ist (82). Auch ist in einzelnen Fällen zweifelhaft, ob die betreffende Norm einen Ermessens- oder nicht vielmehr einen (unbestimmten) Rechtsbegriff als Maßstab enthält mit der Folge, daß es sich tatsächlich um einen Fall von Rechtsaufsicht handelt (83). Dennoch ist die Grenzziehung notwendig, da die Frage der Zulässigkeit von Genehmigungsvorbehalten in beiden Bereichen grundsätzlich verschieden beurteilt werden muß: Nach dem Grundsatz der Verhältnis-

-
- 81) Allgemein zu dieser Abgrenzung s. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 707, und Die Selbstverwaltung, S. 165 ff, insbes. S. 166/67; R. Elleringmann, S. 47 ff; O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 174 ff, und Die Kommunalaufsicht, S. 513 ff; A. Köttgen, Wesen, S. 218 ff; K. Müller, Genehmigungsvorbehalte, passim. - S. hierzu auch oben Anm. 76 a.
- 82) Hierüber im einzelnen vor allem E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 703/04, 707, 719/20, und Die Selbstverwaltung, S. 167; R. Elleringmann, S. 48 ff; O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 182 (hier wird mit Recht darauf hingewiesen, daß die Begriffe "Ermessensüberschreitung" und "Ermessensmißbrauch" nicht recht passen, da sie in das Verwaltungsrecht gehören: während alles Verwaltungshandeln - als Gesetzesvollzug - notwendig gebunden ist, zeichnet sich die gemeindliche Selbstverwaltung durch ihre grundsätzlich unbeschränkte Freiheit aus. Daher handelt es sich, soweit der Staat das gemeindliche Wirken im örtlichen Aufgabenbereich auf "Zweckmäßigkeitsverstöße" hin überwacht, um keine echte Rechtsaufsicht, sondern allenfalls um etwas Ähnliches); K. Müller, Genehmigungsvorbehalte, S. 173/74.
- 83) S. hierzu die in Anm. 82 genannten Fundstellen, vor allem O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 182/83; s. auch K. Müller, Genehmigungsvorbehalte, insbes. S. 172 ff.

mäßigkeit sind Genehmigungsvorbehalte, die lediglich einer Rechtsaufsicht dienen, prinzipiell unzulässig, da sich der gleiche Erfolg - nämlich die Überprüfung des betreffenden gemeindlichen Aktes auf seine Rechtmäßigkeit und die Verhinderung seines Wirksamwerdens, falls er das Recht verletzt - durch das weniger einschneidende Mittel einer Mitteilungs- oder Anzeigepflicht, verbunden mit einer angemessenen Frist, während der die Aufsichtsbehörde den betreffenden gemeindlichen Beschluß überprüfen und gegebenenfalls beanstanden kann und vor deren Ablauf dieser nicht wirksam wird, erreichen läßt (84). Vor allem wird durch das Erfordernis einer staatlichen Genehmigung als Wirksamkeitsvoraussetzung der (falsche) Eindruck erweckt, als leite der betreffende Akt seine Geltung nicht aus dem Willen der örtlichen Gemeinschaft, sondern unmittelbar aus dem des Staates her, obwohl es sich um eine örtliche Angelegenheit handelt, für deren Wahrnehmung folglich die örtliche Gemeinschaft in eigener Verantwortung zuständig ist (85). - Anders verhält es sich mit den Genehmigungsvorbehalten, bei denen dem Staat im Rahmen der Kommunalaufsicht ausnahmsweise auch eine - wenn auch eng begrenzte (86) - Ermessenskontrolle zusteht: Vorausgesetzt, daß eine staatliche Rechtsaufsicht nicht ausreicht, den Zweck der Kommunalaufsicht (Gesetzmäßigkeit der gemeindlichen Selbstverwaltung und ein geordneter Gang der Verwaltung) zu erfüllen und daß daher dem Staat auch im Bereich der in eigener Verantwortung wahrzunehmenden örtlichen Angelegenheiten eine begrenzte Ermessenskontrolle eingeräumt werden muß (87),

- 84) Der Genehmigungsvorbehalt hätte hier also lediglich den Zweck, dem Staat die Aufsicht zu erleichtern. Daß Eingriffe zu diesem Zweck als gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößend unzulässig sind, ist im Polizeirecht ausdrücklich anerkannt, s. z.B. § 6 II des Hessischen Polizeigesetzes.
- 85) Daß dieser Aspekt bislang völlig vernachlässigt wurde, überrascht umso mehr, als gleichzeitig immer wieder hervorgehoben wird, daß es sich bei derartigen Genehmigungsvorbehalten nicht um eine Art staatlicher "Mitwirkung", sondern um echte "Aufsicht" im Sinne der (nur) Überwachung eines anderen handle (s. z.B. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 703/04 und S. 719/20; O. Gönnewein, Gemeinderecht, S. 197 ff, und Die Kommunalaufsicht, insbes. S. 525 ff); denn dabei wird vorausgesetzt, daß der endgültig wirksame Akt ein solcher der Gemeinde und nicht des Staates ist (s. hierzu auch Anm. 88).
- 86) Hierüber s. oben B II 4.
- 87) S. hierzu oben die Anm. 74 und 75.

sind Genehmigungsvorbehalte zulässig, weil sie unter den gegebenen Umständen das angemessenste und somit auch das verhältnismäßig geringste Mittel darstellen; denn sowohl das Mittel der Beanstandung bei (nur) Unzweckmäßigkeit einerseits als auch eine (lediglich) Nichtbeanstandung im Falle der Billigung des betreffenden Aktes auch unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit andererseits entsprechen nicht der wahren Bedeutung der hier vom Staat wahrgenommenen Aufgabe. Diese erschöpft sich nämlich bei genauerem Besehen nicht schon in der nur passiven "Kontrolle" eines Außenstehenden, auch wenn sie noch zum Bereich der Kommunal- "Aufsicht" zu rechnen ist, sondern stellt eine - wenn auch begrenzte - echte "Mitwirkung" des Staates dar, der deshalb insoweit auch eine Mitverantwortung übernimmt (88). Aus dieser Sicht wäre eine "Beanstandung" nur wegen Unzweckmäßigkeit ein "Zuviel" an staatlichem Eingriff, während umgekehrt die nur unterlassene Beanstandung ein "Zuwenig" wäre, indem sie nicht erkennen ließe, daß der Staat damit den betreffenden Akt wissentlich und willentlich als auch zweckmäßig (zumindest als nicht unzweckmäßig) billigt und insoweit dafür eine gewisse Mitverantwortung übernimmt. Demgegenüber

-
- 88) In diesem Sinne auch z.B. E. Becker, Die Selbstverwaltung, S. 172 ff (anders jedoch neuerdings in Kommunale Selbstverwaltung, S. 703/04); W. Henrichs, Rechtsprechung, S. 730 und S. 735/36 (mit Nachweisen); H. P. Ipsen, Selbstverwaltungsgarantie, S. 229/30; A. Köttgen, Wesen, S. 220 ff; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 44/45. - Allerdings ist O. Gönnerwein (Gemeinderecht, S. 197 ff, und Die Kommunalaufsicht, S. 525 ff; entsprechend auch E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 703/04) insoweit beizupflichten, als durch die Einführung des Begriffs "Mitwirkung" dem Staat nicht Rechte (ähnlich der früheren "Staatskuratel") eingeräumt werden dürfen, die ihm unter dem Gesichtspunkt der "Aufsicht" nicht zustünden (d.h. die "Mitwirkung" darf nicht weiter reichen als die gesetzlich zulässige "Aufsicht"). Andererseits schließt der Begriff "Aufsicht" nicht notwendig eine begrenzte staatliche "Mitwirkung" - und zwar als Teil der "Aufsicht" - aus, vielmehr kann umgekehrt eine begrenzte staatliche "Mitwirkung" der "Aufsicht" eine erhöhte Bedeutung als "Bindeglied" zwischen Staat und Gemeinden verleihen (wegen des gegenseitigen Aufeinander-Angewiesenseins von Staat und Gemeinden s. allgemein oben unter B III; s. auch im Anschluß unter d. über das Miteinander von Staat und Gemeinden bei der Wahrnehmung der sog. Weisungsaufgaben).

findet dieses Nebeneinander von staatlicher Aufsicht (im engeren Sinne) einerseits und staatlicher Mitwirkung andererseits in der Versagung oder in der Erteilung der Genehmigung einen angemessenen Ausdruck, ohne daß die gemeindliche Entschlußfreiheit mehr als notwendig beeinträchtigt wird.

Erstaunlicherweise haben Schrifttum und Rechtsprechung - soweit ersichtlich (89) - bisher die Zulässigkeit von staatlichen Genehmigungsvorbehalten zum Zwecke einer (nur) Rechtsaufsicht nicht angezweifelt (90), obwohl der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit doch zumindest eine entsprechende Prüfung nahelegt. Dies dürfte insbesondere daran liegen, daß die Zulässigkeit von Genehmigungsvorbehalten in erster Linie unter dem Gesichtspunkt der Beschränkung der Kommunalaufsicht auf reine Rechtsaufsicht untersucht wird und daß man sich mit dem Ergebnis zufriedengibt, die vorhandenen Genehmigungsvorbehalte ließen sich auch als Mittel einer reinen Rechtsaufsicht auffassen und mit diesem Inhalt rechtfertigen (91); darüber tritt die weiterreichende und eigentlich entscheidende Frage der Zulässigkeit von Genehmigungsvorbehalten als Mittel der Rechtsaufsicht überhaupt zu Unrecht in den Hintergrund. Nach dem oben Ausgeführten kann jedoch nicht zweifelhaft sein, daß Genehmigungsvorbehalte als Mittel einer (nur) Rechtsaufsicht als gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößend unzulässig sind.

d. Ein Sonderproblem stellen in diesem Zusammenhang weiterhin die durch die Verfassungen und Gemeindeordnungen einiger Länder nach 1945 unter Ablösung der bisherigen "Auftragsangelegenheiten" ("übertragener Wirkungskreis") neu eingeführten "Weisungsaufgaben" dar (92).

89) Lediglich E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 719/20, schneidet die Frage kurz an, beschränkt sich jedoch auf die Feststellung, daß eine Anzeigepflicht mit befristeter Beanstandungsbefugnis der Rechtsaufsichtsbehörde "besser" sei als ein Genehmigungsvorbehalt. Im übrigen wird nach seiner Meinung der Genehmigungsvorbehalt "erst problematisch", wenn er sich auf die Überprüfung der Zweckmäßigkeit des betreffenden gemeindlichen Aktes erstreckt.

90) S. z.B. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 719/20; O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 200 ff, und Die Kommunalaufsicht, S. 519, 521 ff; K. Müller, Genehmigungsvorbehalte, passim, insbes. S. 172 ff.

91) S. die in der vorangegangenen Anm. genannten Fundstellen.

92) S. auch oben Anm. 65 zu B II. - Wegen der Fülle an Schrift-

Auf den ersten Blick scheinen sie unmittelbar nichts mit der vorliegende erörterten Frage der Gewährleistung der eigenverantwortlichen Regelung der örtlichen Angelegenheiten zu tun zu haben, eben weil sie an die Stelle der früheren Auftragsangelegenheiten getreten sind, die als typisch staatliche Aufgaben nicht von der Selbstverwaltungsgarantie betroffen waren. Andererseits haben die fraglichen Länder die früheren Auftragsangelegenheiten nicht lediglich umbenannt, sondern sie - auf Grund der Auffassung, daß es sich bei den betroffenen Materien in Wahrheit nicht nur um typisch staatliche, sondern zu einem erheblichen Teil (zumindest innerhalb der einzelnen Aufgaben) auch um der Sache nach örtliche Angelegenheiten handle, deren Regelung folglich den Gemeinden zustehe (93) - wesentlich umgestaltet. So wurden die neuen Weisungsaufgaben - bei gleichzeitiger erheblicher Beschneidung des bis dahin prinzipiell unbeschränkten staatlichen Weisungsrechts (94) - ausdrücklich zu "gemeindlichen" Angelegenheiten erklärt mit der Folge,

tum kann hier lediglich eine Auswahl gegeben werden: E. Becker, Die Selbstverwaltung, S. 135 ff; J. David, S. 11 ff; A. Dregger, Städtetag 1955, S. 190 ff; G. Geller - K. Kleinrahm, Anm. 10 zu Art. 78 Verfassung NRW; Gelzer, DVBl. 1958, S. 87 ff; H. Görg, Bundesauftragsangelegenheiten, passim; O. Gönnewein, Gemeinderecht, S. 104 ff; D. Jesch, Rechtsstellung, S. 741 ff; W. Loschelder, Gemeindeordnungen, S. 26 ff; H. Muntzke - H. Schlemp, Anm. II zu § 2 (S. 230 ff); F. Rietdorf, DÖV 1957, S. 7 ff, und DVBl. 1958, S. 344 ff; Scheerbarth, DVBl. 1953, S. 261 ff, und DVBl. 1958, S. 83 ff; D. Schweer, DVBl. 1956, S. 703 ff; Senger, DVBl. 1957, S. 10 ff; K. Zuhorn, S. 38 ff; OVG Münster in DÖV 1960, S. 431/32.

- 93) S. z.B. J. David, S. 11 ff; D. Jesch, Rechtsstellung, S. 741 ff; W. Loschelder, Die Gemeindeordnungen, S. 26 ff, und Entwicklung, DÖV 1959, S. 411; F. Rietdorf, Grundsätze, DÖV 1957, S. 7, und Gedanken, DVBl. 1958, S. 344 ff; Senger, DVBl. 1957, S. 10 ff; OVG Münster, Urteil vom 15.7.1958, DÖV 1960, S. 431/32; s. auch G. Geller - K. Kleinrahm, Anm. 10 zu Art. 78 (S. 541 ff), mit zahlreichen Nachweisen.
- 94) S. z.B. Art. 78 IV 2 Verfassung Nordrhein-Westfalen: "Das Land kann sich bei Pflichtaufgaben ein Weisungs- und Aufsichtsrecht nach näherer gesetzlicher Vorschrift vorbehalten" (d.h. Weisungsrechte nur auf Grund und im Rahmen eines speziellen Gesetzes, nicht von vornherein und unbeschränkt) und entsprechend § 3 II GO: "... Das Gesetz bestimmt den Umfang des Weisungsrechts" (s. hierzu z.B. § 9 II i.V.m. § 3 I des Ord-

daß nunmehr die einzelnen örtlichen Gemeinschaften als solche, und zwar grundsätzlich in eigener Verantwortung, für ihre Wahrnehmung zuständig sind (95). Zwar sind dadurch die betreffenden Aufgaben nicht insgesamt zu Selbstverwaltungsangelegenheiten geworden. Auch konnte sie die Landesgesetzgebung auf diese Weise nicht ohne weiteres der Garantie des Art. 28 II 1 GG unterstellen, weil hierfür zunächst einmal erforderlich wäre, daß es sich dabei tatsächlich um (der Sache nach - zumindest primär) örtliche Angelegenheiten handelt. - Andererseits muß jedoch hervorgehoben werden, welche weitreichenden Möglichkeiten zur Verwirklichung des Gebots des Art. 28 II 1 GG - nämlich wirklich alle der Sache nach örtlichen Angelegenheiten den Gemeinden zur Wahrnehmung in eigener Verantwortung zu überlassen - die Struktur dieser "Weisungsaufgaben" bietet: Sie ermöglicht es nämlich, alle in Betracht kommenden Aufgaben hinsichtlich ihres der Sache nach örtlichen Anteils als echte Selbstverwaltungsaufgaben auszugestalten, indem sowohl die staatlichen Weisungsbefugnisse als auch die Rechte des Staates zu Abänderungen im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens jeweils durch Gesetz von vornherein entsprechend (d.h. auf den staatlichen Anteil) beschränkt werden, so daß in den ausgesparten Teilbereichen echte gemeindliche Eigenverantwortung gewährleistet ist. Diese Voraussetzungen sind allerdings nicht schon dann erfüllt, wenn durch das betreffende Gesetz die staatliche Einflußnahme auf

nunungsbehördengesetzes Nordrhein-Westfalen (vom 16.10.1956, GS/NW S. 155): "Zur zweckmäßigen Erfüllung der ordnungsbehördlichen Aufgaben dürfen die Aufsichtsbehörden a) allgemeine Weisungen erteilen, um die gleichmäßige Durchführung der Aufgaben zu sichern, b) besondere Weisungen erteilen, wenn das Verhalten der zuständigen Ordnungsbehörde zur Gefahrenabwehr nicht geeignet erscheint oder überörtliche Interessen gefährden kann"; ähnlich § 4 GO Hessen: " ... das Gesetz bestimmt die Voraussetzungen und den Umfang des Weisungsrechts ... Die Weisungen sollen sich auf allgemeine Anordnungen beschränken und in der Regel nicht in die Einzelausführung eingreifen" (s. hierzu z.B. § 7 II i.V.m. § 2 des Bauaufsichtsgesetzes (vom 6.3.1954, GVBl. S. 21): "Die obere und die oberste Bauaufsichtsbehörde können den unteren Bauaufsichtsbehörden allgemeine Weisungen erteilen. Im Einzelfall können den unteren Bauaufsichtsbehörden Weisungen nur erteilt werden, wenn die unteren Bauaufsichtsbehörden die Bauaufsichtsgeschäfte nicht im Einklang mit den Gesetzen wahrnehmen und die erteilten allgemeinen Weisungen nicht befolgen".).

95) S. die in Anm. 93 genannten Fundstellen.

"allgemeine Weisungen" begrenzt wird, auch wenn dadurch den Gemeinden weitgehend die konkrete Regelung gesichert ist; denn der Begriff "allgemeine Weisung" enthält nicht die erforderliche klare Abgrenzung der beiderseitigen Teilbereiche der Sache nach. Vielmehr muß das jeweilige Gesetz entsprechende konkret-sachliche Kriterien (wie etwa das der "überörtlichen (i.S.v. staatlichen) Notwendigkeit") zur Verfügung stellen. Insbesondere schließt auch die gesetzlich eingeräumte Befugnis, in "dringen Fällen" etwa Einzelweisungen zu geben, gemeindliche Eigenverantwortung aus, ohne daß es darauf ankommt, inwieweit der Staat tatsächlich von diesem Recht Gebrauch macht.

Bei entsprechender konkret-sachlicher Begrenzung des staatlichen Weisungsrechts auf den jeweiligen staatlichen Anteil der in Betracht kommenden Aufgaben ist die Rechtsform der "Weisungsaufgabe" also vorzüglich geeignet, dem Gebot des Art. 28 II 1 GG entsprechend den örtlichen Gemeinschaften effektiv die Wahrnehmung aller der Sache nach örtlichen Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu ermöglichen, und zwar ohne daß die betroffenen Aufgaben - zum Schaden der Sache - entsprechend den Anteilen von Gemeinde und Staat auseinandergerissen und auf diese beiden aufgeteilt werden müßten; im Gegenteil werden Staat und Gemeinde gezwungen, unmittelbar zusammenzuwirken, so daß die beiderseitigen Belange bestmöglich berücksichtigt werden können.

Über dem Bemühen, die neu eingeführten Weisungsaufgaben insgesamt (d.h. ohne eine Differenzierung innerhalb der einzelnen Aufgaben zwischen staatlichem und örtlichem Anteil) zu qualifizieren und in die herkömmlichen Kategorien einzuordnen, haben Wissenschaft und Praxis diese soeben aufgezeigten Möglichkeiten bisher meist übersehen oder doch zumindest in ihrer Tragweite verkannt (96). So sind die Weisungsaufgaben einseitig entweder den bisherigen Auftragsangelegenheiten (97) oder den Selbstverwaltungsaufgaben (98) zugeordnet worden, wenn man

-
- 96) Zutreffend ist die Notwendigkeit der Differenzierung innerhalb der einzelnen Aufgaben von J. David, insbes. S. 13 ff, gesehen worden.
 - 97) So u. a. von E. Becker, Die Selbstverwaltung, S. 136; Berkenhoff, DVBl. 1955, S. 347; A. Dregger, Der Städtetag 1955, S. 192; O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 105 ff; H. Pagenkopf, S. 84; D. Schweer, DVBl. 1956, S. 703 ff; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 43 (Anm. 23); BVerfG, E 6, S. 104 ff (S. 116).
 - 98) So vor allem von F. Rietdorf, DÖV 1957, S. 7 ff, und DVBl.

sich nicht für eine neuartige, allerdings undifferenzierte Zwischenform entschied (99). Hier zeigen sich die Gefahren, die aus einem Mißverständnis dieser neuen Aufgabenform entstehen können, indem die klare Grenze zu dem durch Art. 28 II 1 GG gewährleisteteten, in eigener Verantwortung wahrzunehmenden örtlichen Aufgabenbereich verwischt wird (100). Deshalb muß abschließend nochmals hervorgehoben werden, daß gemeindliche Eigenverantwortung nicht schon bei einer teilweisen Beschränkung, sondern erst bei völligem Ausschluß von staatlichen Weisungs- oder sonstigen positiven Einwirkungsrechten gewährleistet ist und daß daher in dem Umfang, in dem dem Staat irgendetwelche Eingriffsrechte eingeräumt sind, keine Selbstverwaltungsaufgabe gegeben ist (101). Aus diesem Grund ist es dem Gesetzgeber auch verwehrt, etwa alle bisherigen Selbstverwaltungsangelegenheiten in Weisungsaufgaben umzuwandeln, eben weil dem Staat bei den letzteren typischerweise ein - wenn auch begrenztes - Weisungsrecht zusteht (101a); vielmehr ist die Form der "Weisungsaufgabe" nur für den "Zwischenbereich" geeignet und zulässig, d.h. für jene Aufgaben, die teilweise in die örtliche und teilweise in die staatliche Kompetenz fallen und die insoweit ein (nämlich auf den staatlichen Anteil) beschränktes staatliches Weisungsrecht rechtfertigen, während die insgesamt (allein oder primär) örtlichen Aufgaben den Gemeinden in vollem Umfang zu eigener Erledigung überlassen bleiben müssen.

e. Einigkeit besteht darüber, daß Art. 28 II 1 GG durch die Fest-

1958, S. 344; Senger, DVBl. 1957, S. 10 ff; - mit Vorbehalten und Einschränkungen auch von A. Köttgen, Wesen, S. 218; W. Loschelder, Gemeindeordnungen, S. 26 ff, und DÖV 1959, S. 411; Gelzer, DVBl. 1958, S. 87 ff; K. Zuhorn, S. 38 ff.

- 99) So insbesondere das OVG Münster in seinem Urteil vom 15.7. 1958, DÖV 1960, S. 431/32; - häufig werden nur Einzelpunkte geklärt und eine abschließende Qualifizierung unterlassen, so z.B. bei G. Geller - K. Kleinrahm, Anm. 10 zu Art. 78 Verfassung Nordrhein-Westfalen.
- 100) In diesem Sinne auch E. Becker, Die Selbstverwaltung, S. 136, und H. Muntzke - H. Schlempp, Anm. II zu § 2 Hess.GO (S. 234).
- 101) So auch z.B. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 704, und J. David, S. 13 ff.
- 101a) S. auch E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 736, und O. Gönnewein, Gemeinderecht, S. 107 ff, S. 109.

legung "in eigener Verantwortung" den Gemeinden (auch) ein Mindestmaß an "Finanzautonomie" gewährleistet (102) (103). Hierzu gehört in erster Linie die "Ausgabenhoheit", d.h. das Recht, über die vorhandenen Mittel (104) frei zu verfügen, also insbesondere zu bestimmen, welche einzelnen Aufgaben in welcher Weise wahrgenommen werden. Da aber nur im Rahmen der verfügbaren Mittel Aufgaben erledigt werden können und somit eine Aufgabenfreiheit nur insoweit gegeben ist, als entsprechende Mittel vorhanden sind, setzt der Grundsatz der örtlichen Eigenverantwortung außerdem eine zumindest partielle "Einnahmenhoheit" voraus (105). Zwar steht das Gebot der Wah-

-
- 102) S. hierzu bereits die Ausführungen oben unter B II 4, insbes. Anm. 88 a und Anm. 89.
- 103) S. z.B. W. Albers, S. 69 ff; E. Becker, Die Selbstverwaltung, S. 148 und S. 149, und Finanzausgleich, S. 25/26 (allerdings zurückhaltender in Kommunale Selbstverwaltung, S. 713 und S. 723/24); O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 111 ff; H. Görg, Problematik, S. 7 ff (insbes. S. 7 und S. 12); K.M. Hettlage, Finanzverfassung, S. 7 ff, insbes. S. 9 ff (mit zahlreichen Nachweisen); H. Junker, Gemeinschaftsaufgaben, S. 85 ff; H. Pagenkopf, Kommunalwissenschaften, S. 88/89; F. Rietdorf, DÖV 1953, S. 226; Chr. Sasse, Problematik, S. 455/56; H. Sattler, Finanzverfassung, S. 3 ff und S. 9 ff; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 45 ff; G. Wixforth, Gemeindliche Finanzhoheit, S. 23 ff; der Verfassungsgerichtshof von Nordrhein-Westfalen in seinem Urteil vom 7.7.1956, E 11, S. 149 ff, insbes. 1. Leitsatz.
- 104) Die also nicht notwendig selbst aufgebracht worden sind, sondern die gegebenenfalls restlos aus staatlichen Zuweisungen stammen können; allerdings muß es sich um "allgemeine" Zuweisungen wie z.B. die "Schlüsselzuweisungen" im Rahmen des Finanzausgleichs handeln, weil bei Bedarfszuweisungen und völlig dann bei zweckgebundenen Zuschüssen auch die "Ausgabenhoheit" beeinträchtigt wäre (s. hierzu z.B. G. Wixforth, Gemeindliche Finanzhoheit, S. 23/24).
- 105) So alle in Anm. 103 genannten Autoren, insbesondere K.M. Hettlage, S. 12 ff (mit Nachweisen), S. 14/15; H. Sattler, Finanzverfassung, S. 3 ff und S. 6 ff; G. Wixforth, Gemeindliche Finanzhoheit, S. 23 ff. - S. hierzu neuestens die Vorschläge der Sachverständigenkommission für die Finanzreform - sog. Troeger-Gutachten -, speziell zur Notwendigkeit einer gemeindlichen Einnahmenhoheit; wegen der Fundstellen s. oben Anm. 88 a zu B II.

zung der Einheit des Währungs- und Wirtschaftsgebiets einer vollständigen gemeindlichen "Einnahmehoheit" entgegen (106), da eine solche angesichts des ungeheuren gemeindlichen Finanzbedarfs (nicht zuletzt durch die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben bedingt (107)) einerseits und der örtlichen Steuerkraftunterschiede andererseits zu erheblichen Störungen führen müßte oder aber zumindest nur im Zusammenhang mit einem Mindestmaß an kommunalem Finanzausgleich tragbar wäre, der dann seinerseits aber auch wieder notwendig Einschränkungen der "Einnahmehoheit" mit sich brächte (108). Andererseits kann aber nicht zweifelhaft sein, daß örtliche Eigenverantwortung, wie sie das Grundgesetz versteht und in Art. 28 II 1 gewährleistet (109), sich nur verwirklichen läßt, wenn die jeweilige örtliche Gemeinschaft, genauer: ihre einzelnen Mitglieder, zumindest einen Teil der Mittel, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen, unmittelbar selbst aufbringen können und müssen. Dabei muß der Spielraum auf der Einnahmenseite so bemessen sein, daß die von der Gemeinde selbst aufbringbaren Mittel zur Wahrnehmung der vorhandenen freiwilligen Aufgaben ausreichen und außerdem die Möglichkeit offen lassen, in angemessenem Umfang freiwillige Aufgaben neu zu übernehmen (110). Nur auf diese

106) S. z.B. W. Albers, S. 70.

107) Zwar ersetzt der Staat den Gemeinden weitgehend die besonderen Lasten, die ihnen aus der Wahrnehmung der übertragenen (staatlichen) Aufgaben entstehen (s. hierzu z.B. H. Sattler, Finanzverfassung, S. 23 ff und S. 29/30); nicht gerechnet werden dabei jedoch die Verwaltungskosten im engeren Sinn, also insbesondere die Personalkosten, weil es sich hierbei wiederum um eine Selbstverwaltungsangelegenheit handelt (s. z.B. O. Gönnewein, Gemeinderecht, S. 122 ff). Gerade durch diese Kosten werden die Gemeinden aber mit am stärksten belastet.

108) S. z.B. E. Becker, Finanzausgleich, S. 20/21, und K.M. Hettlage, Finanzverfassung, S. 13.

109) S. hierzu die Ausführungen oben unter B III, wonach das Prinzip der Eigenverantwortung unmittelbar aus dem Menschenbild des Grundgesetzes folgt, wonach jeder einzelne sein Leben weitestgehend in eigener Verantwortung - mit allen Lasten und auch Risiken - gestalten soll. - S. auch Anm. 105.

110) So auch z.B. G. Wixforth, S. 25 ff. - Wegen der wesentlichen Bedeutung gerade der freiwilligen Selbstverwaltungsaufgaben s. z.B. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 717 ff. - S. auch Anm. 105.

Weise läßt sich erreichen, daß der einzelne Gemeindebürger die aus den Beschlüssen der örtlichen Gemeinschaft über die Wahrnehmung örtlicher Aufgaben folgenden Lasten unmittelbar zu spüren bekommt und somit auch in dieser Beziehung unmittelbar an der örtlichen Eigenverantwortung beteiligt wird (111). Dieses Gebot der zumindest partiellen gemeindlichen "Einnahmenhoheit" ist nicht schon dann erfüllt, wenn den örtlichen Gemeinschaften lediglich die Befugnis zur Erhebung von (konkreten und abstrakten) Gegenleistungen für gemeindliche Veranstaltungen eingeräumt wird (112); vielmehr muß ihnen darüberhinaus die Möglichkeit der Erhebung von Abgaben offenstehen, die keine gemeindliche Gegenleistung voraussetzen, weil zahlreiche örtliche Aufgaben - gerade im "sozialen" Bereich (113) - typischerweise einseitige Leistungen der Gemeinde bedingen. Daher folgt aus dem durch Art. 28 II 1 GG festgelegten Prinzip der örtlichen Eigenverantwortung die Pflicht des Staates, den Gemeinden in solchem Umfang in eigener Verantwortung zu bewirtschaftende Steuerquellen bereitzustellen, daß deren mögliche Erträge genügend Spielraum für eine eigenständige Wahrnehmung der örtlichen - insbesondere auch der freiwilligen - Aufgaben lassen (113a).

In diesem Zusammenhang muß noch auf die Gefahren hingewiesen werden, die der örtlichen Eigenverantwortung und Eigenständigkeit aus

-
- 111) S. z.B. W. Albers, S. 69; H. Görg, Problematik, S. 9 und S. 10; H. Sattler, Finanzverfassung, S. 7/8. - So ist auch eines der wesentlichen Ziele der seit langem anstehenden grundlegenden Reform der Gemeindefinanzen, den Gemeinden Steuerquellen zur Verfügung zu stellen, die möglichst die gesamte Einwohnerschaft erfassen, eben um alle einzelnen über eine angemessene finanzielle Beteiligung an den örtlichen Aufgaben optimal an der örtlichen Eigenverantwortung teilhaben zu lassen. (s. etwa H. Görg, Problematik, S. 10, und H. Sattler, Finanzverfassung, S. 7/8). - S. auch Anm. 105.
 - 112) Über "Gebühren" und "Beiträge" siehe insbesondere die §§ 4 und 9 des Preußischen Kommunalabgabengesetzes.
 - 113) Neben den Sozialhilfe- (früher Fürsorge-) Leistungen sind hier z.B. die Einrichtung von Kinderspielplätzen und Sport- und Grünanlagen sowie besondere Hilfen für Alte und Kranke zu nennen.
 - 113 a) S. hierzu auch H. Jobst, Gemeinden, S. 14 ff, und H. Junker, Gemeinschaftsaufgaben, insbes. S. 85 ff.

der allgemeinen Finanzschwäche der Gemeinden bei gleichzeitig unverhältnismäßig großer Finanzkraft des Staates drohen (114). Zwar reichen die allgemeinen Deckungsmittel der Gemeinden (aus staatlichen Schlüsselzuweisungen einerseits und den eigenen Einnahmen aus Gebühren, Beiträgen und Gemeindesteuern sowie aus dem Gemeindevermögen andererseits (115)) regelmäßig für den laufenden Bedarf. Sie genügen jedoch in den meisten Fällen nicht für die Finanzierung größerer Projekte (116), die im Rahmen der (freiwilligen und insbesondere der durch Gesetz zur Pflicht gemachten) Selbstverwaltungsaufgaben immer wieder notwendig werden, also durchaus keine seltenen Ausnahmen bilden. Hier sind insbesondere der Bau von Schulen, Krankenhäusern, Altersheimen, Straßen, Verkehrsanlagen (117), Kanalisation zu nennen, die grundsätzlich nur mit erheblichen staatlichen Zuschüssen durchführbar sind (118). In allen diesen Fällen besteht nun die Gefahr, daß der Staat das Angewiesensein der Gemeinden auf seine Hilfe in der Weise ausnutzt, daß er seine Zuschüsse mit mannigfachen Auflagen verbindet, durch die er - obwohl unzuständig - die Art und Weise der Aufgabenerledigung wesentlich mitbestimmt und insoweit die gemeindliche Eigenverantwortung - meist empfindlich - beschneidet (119). Eine derartige staatliche Mitsprache ist solange unbedenklich und zulässig, wie dadurch lediglich auf die Einhaltung entsprechender gesetzlicher

-
- 114) S. z.B. W. Albers, S. 65 ff; H. Görg, Problematik, passim; K.M. Hettlage, Finanzverfassung, S. 2 ff (mit Zahlenangaben); H. Junker, Gemeinschaftsaufgaben, S. 80 ff.
 - 115) Zwar ist die gesetzliche Reihenfolge genau umgekehrt (s. z.B. § 2 Preußisches Kommunalabgabengesetz, § 115 Hess.GO), jedoch wurde sie durch die tatsächliche Entwicklung längst überholt; s. hierzu z.B. O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 112 ff.
 - 116) Und ebensowenig für die Bildung entsprechender ausreichender Rücklagen; s. hierzu insbes. H. Junker, Gemeinschaftsaufgaben, S. 80 ff.
 - 117) Hierher gehört u.a. der Bau von Parkhochhäusern, Straßenüber- oder -unterführungen sowie von Untergrundbahnen, die in größeren Städten vor allem bereits zur Notwendigkeit geworden sind (s. auch H. Junker, Gemeinschaftsaufgaben, S. 81 ff, S. 83).
 - 118) S. hierzu O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 118, und H. Junker, Gemeinschaftsaufgaben, S. 81 ff.
 - 119) S. hierzu etwa E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 704 und S. 729/30, und H. Junker a. a. O.

Bestimmungen hingewirkt wird. Sie verstößt jedoch immer dann gegen die Gewährleistung gemeindlicher Eigenverantwortung im Bereich der örtlichen (auch Pflicht-) Aufgaben, wenn sie Zweckmäßigkeitserwägungen der staatlichen Exekutive - wie dies die Regel bildet - an die Stelle der Vorstellungen der gemeindlichen Selbstverwaltungsorgane setzt (120). Da sich eine solche - mit der Gewährung finanzieller Unterstützung verbundene - unzulässige staatliche Einflußnahme erfahrungsgemäß nur dann zuverlässig ausschließen läßt, wenn die Gemeinden ohne entsprechende staatliche Hilfe auskommen, läßt sich der Gewährleistung örtlicher Eigenverantwortung in Art. 28 II 1 GG weiterhin entnehmen, daß die eigenen Gemeindeeinnahmen so reichlich sein müssen, daß in angemessenem Umfang Rücklagen gebildet werden können, aus denen sich dann auch die größeren, normalerweise anfallenden örtlichen Projekte finanzieren lassen (121).

f. Der Erörterung bedarf in diesem Zusammenhang schließlich die Frage, ob und gegebenenfalls inwieweit die Gewährleistung örtlicher Eigenverantwortung in Art. 28 II 1 GG (auch) einer mittelbaren Beeinträchtigung der gemeindlichen Selbstverwaltung (122) durch eine übermäßige Belastung mit staatlichen (Auftrags- oder Weisungs-) Aufgaben entgegensteht (123). Eine erhebliche Beeinträchtigung ist einmal in der

-
- 120) So z.B. auch E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 704: "Obwohl den Gemeinden die alleinige Verantwortung in Selbstverwaltungsangelegenheiten zukommt, bestimmt der Staat bei Zweckzuschüssen gelegentlich durch Auflagen und Bedingungen, ob und wie diese Aufgaben zu erfüllen sind ... Der verfassungsmäßigen Ordnung entspricht ein solcher Vorgang nicht".
 - 121) Die hier gemeinten Rücklagen sind sowohl ihren Voraussetzungen als auch ihrem Umfang nach klar zu unterscheiden von den gesetzlich im einzelnen geregelten, den Gemeinden meist zur Pflicht gemachten "Rücklagen"; s. hierzu die Ausführungen bei G. Wixforth, Gemeindliche Finanzhoheit, S. 86 ff.
 - 122) D.h. außerhalb von Eingriffen des Gesetzgebers oder staatlicher Exekutivorgane unmittelbar in den Selbstverwaltungsbereich.
 - 123) S. hierzu z.B. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 736; O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 93 ff, S. 102; H. Junker, Gemeinschaftsaufgaben, S. 89/90. - Das "Übermaß" der von den Gemeinden wahrzunehmenden staatlichen Aufgaben war auch einer der Hauptgründe für die Umwandlung der bisherigen "Auftragsangelegenheiten" in "Weisungsaufgaben" (s. hierzu die

Weise möglich, daß die örtlichen Selbstverwaltungsorgane derart überwiegend in den (abhängigen) Vollzug staatlicher Aufgaben eingespannt werden, daß die örtlichen Aufgaben darüber vernachlässigt werden und vor allem jegliche Eigeninitiative abstirbt (124). Nicht geringer ist die Gefahr, daß für die Erledigung der örtlichen Angelegenheiten angesichts der Dringlichkeit der staatlichen Aufgaben (125) einerseits und der gewaltigen Summen an örtlichen Geldern, die sie verschlingen (126), andererseits weder Kräfte noch Mittel übrig bleiben. Auch hier besteht Übereinstimmung, daß Art. 28 II 1 GG eine Überlastung der örtlichen Selbstverwaltungsorgane mit staatlichen Aufgaben, die eine "leitbildgerechte" (127) gemeindliche Selbstverwaltung wesentlich beeinträchtigt oder gar unmöglich macht, verbietet (128). Aller-

oben in Anm. 93 aufgeführten Fundstellen). Diese "Flucht nach vorn" brachte den Gemeinden zwar eine wesentliche Verstärkung ihrer Stellung ein, vermochte aber die hier angeschnittene Problematik nicht zu lösen, sondern verschob sie lediglich auf eine andere Ebene; hierüber s. u. im Text.

- 124) Noch bedenklicher ist die insbesondere von A. Köttgen (die Gemeinde, passim, insbes. S. 46 ff) eindringlich geschilderte Entwicklung, wonach die Gemeinden auch im Bereich der örtlichen Angelegenheiten immer mehr in die Rolle reiner Vollzugsbehörden gedrängt werden, indem der staatliche Gesetzgeber die betreffenden (örtlichen) Aufgaben bis in alle Einzelheiten "vor"-regelt. Dieser Bereich (darüber oben unter 2) muß indessen von dem hier behandelten (nämlich der staatlichen Aufgaben) klar unterschieden werden. Andererseits sind die Gefahren für die örtliche Eigenständigkeit bei beiden die gleichen (s. hierzu auch H. Jobst, Gemeinden, S. 20 ff, insbes. S. 23 ff, und H. Junker, Gemeinschaftsaufgaben, S. 89/90).
- 127) Die nicht zuletzt durch entsprechende Weisungen geltend gemacht und durchgesetzt werden kann; - über die Rechtsstellung der Gemeinden bei der Wahrnehmung der staatlichen Aufgaben s. z.B. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 736.
- 126) Die den Gemeinden für die Erledigung der staatlichen Aufgaben zugewiesenen besonderen Mittel reichen regelmäßig nicht aus, insbesondere, da sie die Personalkosten nicht mitumfassen; s. hierzu oben Anm. 107 sowie O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 102, und H. Junker, Gemeinschaftsaufgaben, S. 89 ff.
- 127) S. z.B. A. Köttgen, Sicherung, S. 9 ff.
- 128) S. die oben in Anm. 123 genannten Fundstellen, s. auch H. Jobst, Gemeinden, S. 20 ff.

dings darf nicht verkannt werden, daß hier eine Grenzziehung äußerst schwierig ist und daß eine unzulässige Beeinträchtigung unter Umständen erst dann bemerkt wird, wenn es bereits zu spät ist (129). Gerade deshalb aber muß auf diese Gefahr einer "versteckten" Aushöhlung der gemeindlichen Selbstverwaltung hingewiesen werden, um ihr möglichst von vornherein vorzubeugen.

Die Situation ist dadurch besonders schwierig, daß einerseits der (durchaus mit dem Ziel einer Stärkung der gemeindlichen Selbstverwaltung eingeführte (130)) Grundsatz der "Einheit der öffentlichen Verwaltung in der Ortsstufe" (131) unmittelbar die Übertragung aller örtlich wahrzunehmenden staatlichen Aufgaben auf die gemeindlichen Selbstverwaltungsorgane verlangt, während andererseits gerade hieraus die geschilderten Gefahren folgen (132). Eine gewisse Abhilfe schaffen hier die oben erörterten "Weisungsaufgaben", indem nunmehr die einzelne örtliche Gemeinschaft unmittelbar in einem z. T. erheblichen Maße eigenverantwortlich beteiligt wird, wo bisher die Gemeindeorgane einem prinzipiell unbeschränkten staatlichen Weisungsrecht unterworfen waren und somit lediglich als quasi nachgeordnete staatliche Vollzugsbehörden fungierten (133). Nun ist zwar auf diese Weise der

129) S. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 726.

130) S. hierzu die oben in Anm. 93 genannten Fundstellen.

131) Dazu oben in Anm. 51.

132) S. E. Becker, Kommunale Selbstverwaltung, S. 736.

133) S. hierzu z.B. O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 93 ff, insbes. S. 100 ff, und D. Jesch, Rechtsstellung, S. 740 ff. - Zwar bestimmten die betreffenden staatlichen Gesetze, die die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben auf die Gemeinden übertrugen, auch schon vor der Ablösung der "Auftragsangelegenheiten" durch die "Weisungsaufgaben" in der Regel kein bestimmtes (als solches benanntes) Gemeindeorgan (sog. Organleihe), sondern die Gemeinde als solche als Aufgabenträger, so daß sich die endgültige Zuständigkeit innerhalb der Gemeinde nach dem jeweiligen Kommunalverfassungsrecht richtete. Andererseits kam damals praktisch nur der Gemeindeverband, also nicht die Gemeindevertretung, in Betracht, da nur er als Behörde und Ausführungsorgan Empfänger und Vollzieher entsprechender (prinzipiell unbeschränkter) staatlicher Weisungen sein konnte, während nach dem neuen Recht typischerweise die Gemeindevertretung als das

Selbstverwaltungsbereich der Gemeinden beträchtlich erweitert und insofern auch die Stellung der gemeindlichen Selbstverwaltung als solcher wesentlich gestärkt worden (134). Andererseits sind jedoch sowohl das Unterworfensein unter staatliche Weisungen in dem verbliebenen - noch immer sehr umfangreichen - staatlichen Aufgabenbereich als auch die - unverminderte - Last der mit der Aufgabenerledigung verbundenen Kosten geblieben, so daß die der gemeindlichen Selbstverwaltung aus einer Überlastung der örtlichen Organe mit staatlichen Aufgaben drohenden Gefahren sich durch die Einführung der Weisungsaufgaben zwar verändert und auch geringfügig verringert haben, als solche aber doch fortbestehen (135).

Abschließend muß festgestellt werden, daß Art. 28 II 1 GG insoweit,

letztlich für die Erledigung aller örtlichen Aufgaben berufene Organ in eigener Sache zuständig ist und erst durch entsprechende (von vornherein begrenzte) staatliche Weisungen eingeschränkt wird.

- 134) In der oben geschilderten Weise (klare Scheidung innerhalb jeder einzelnen "Weisungsaufgabe" nach örtlichem und staatlichem Anteil bei gleichzeitiger Beschränkung des staatlichen Weisungsrechts auf den staatlichen Anteil) konsequent durchgeführt, stellt die Ablösung der überlieferten Auftragsangelegenheiten durch die Weisungsaufgaben die einschneidendste Neuerung im Kommunalverfassungsrecht nach 1945 dar; dennoch sind ihre Auswirkungen unter dem hier behandelten Aspekt der Überlastung der gemeindlichen (Selbstverwaltungs-) Organe verhältnismäßig gering.
- 135) Die Gefahren sind mannigfacher Art. Abgesehen von den bereits genannten ist auf einen Gesichtspunkt noch besonders hinzuweisen (s. hierzu vor allem W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 61 ff, insbes. S. 64 ff): Können die örtlichen Aufgaben und ihre mannigfachen Auswirkungen - auch wenn sich hier seit den Anfängen der modernen gemeindlichen Selbstverwaltung durch die allgemeine Entwicklung, insbesondere der Technik, Vieles geändert hat - vom einzelnen noch in etwa übersehen und beurteilt werden, so daß insoweit noch von eigenverantwortlicher Entschließung gesprochen werden kann, so ist dies hinsichtlich der immer komplizierter werdenden staatlichen Aufgaben nicht mehr der Fall. Die Folge ist, daß einerseits die Gemeinde für die Wahrnehmung der ihr obliegenden (örtlichen und staatlichen) Aufgaben einen immer umfangreicheren Expertenapparat braucht, der sich seinerseits, da nur er die Dinge beur-

als die gemeindliche Selbstverwaltung durch derartige nur mittelbare und daher schwer wägbare Beeinträchtigungen gefährdet wird, nicht die wünschenswerten eindeutigen Maßstäbe und Sicherungen enthält und daß es daher mehr die Aufgabe einer entsprechenden Kommunalpolitik als des Kommunalrechts ist, dafür zu sorgen, daß die Gewährleistung gemeindlicher Eigenverantwortung und Eigenständigkeit nicht nur der Form, sondern vor allem dem Inhalt nach realisiert wird (136).

- 4) Weitestgehende Übereinstimmung besteht hinsichtlich der Maßstäbe, die das Grundgesetz in Art. 28 II 1 i.V.m. Art. 28 I 2 für die Kreation sowie für die Organisation und die Funktion der für die örtliche Gemeinschaft handelnden Gemeindeorgane festlegt (137).

teilen und damit auch entscheiden kann, - genau entgegen dem Leitbild des Art. 28 II 1 GG - zum eigentlichen Träger der gemeindlichen "Selbstverwaltung" entwickelt, während andererseits der einzelne Gemeindebürger und letztlich auch die Gemeindevertretung jede Übersicht und damit jede Beurteilungsmöglichkeit verliert und damit auf diese Weise dem Expertenapparat ausgeliefert ist.

- 136) Auf die Gefahren, die der gemeindlichen Selbstverwaltung insbesondere sozusagen "von innen heraus" drohen und denen mit Mitteln des Rechts in nur sehr beschränktem Umfang entgegengewirkt werden kann, kann hier nicht eingegangen werden (s. hierzu H. Jobst, Gemeinden, S. 34 ff; A. Köttgen, Sicherung, passim; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 58 ff und S. 61 ff).
- 137) Dies ist insbesondere das Verdienst des Bundesverfassungsgerichts, das in mehreren Entscheidungen zum Kommunalwahlrecht diese Fragen grundlegend erörterte und eindeutig entschied (s. vor allem den Beschluß vom 12.7.1960 zum Saarländischen Kommunalwahlgesetz (KWG), E 11, S. 266 ff, insbes. S. 273 ff; ihm folgten das Urteil vom 2.11.1960 zum Nordrhein-Westfälischen KWG, E 11, S. 351 ff, das Urteil vom 15.11.1960 zum Niedersächsischen KWG, E 12, S. 10 ff, der Beschluß vom 22.2.1961 zum Niedersächsischen KWG, E 12, S. 200 ff, der Beschluß vom 30.5.1961 zum Schleswig-Holsteinischen Gemeinde- und Kreiswahlgesetz, E 13, S. 1 ff, und der Beschluß vom 6.12.1961 zum Nordrhein-Westfälischen KWG, E 13, S. 243 ff). Allerdings hatte das Bundesverfassungsgericht seinerseits zu der vorher teilweise herrschenden Unsicherheit nicht unwesentlich beigetragen, indem es in einer grundlegenden früheren Ent-

Unmittelbar vom Grundgesetz geregelt ist nur die Kreation der Gemeindeorgane und hier ausdrücklich auch nur die der Volksvertretung, Art. 28 I 2. Daraus ergibt sich einmal (i.V.m. Art. 20 II GG, wonach alle Staatsgewalt (138) vom Volke ausgeht, das sie in Wahlen und Abstimmungen ausübt), daß nach dem Willen des Grundgesetzes die Gemeindevertretung - als das unmittelbar vom Gemeindevolk gewählte Organ - das eigentliche, das Hauptorgan (139) (140) ist; gleichzeitig hat damit das Grundgesetz der Tatsache Rechnung getragen, daß sich in der Demokratie - da das Volk nicht unmittelbar selbst, sondern nur durch seine Organe handeln kann - die Mitwirkung der einzelnen in der Gemeinschaft im wesentlichen im Akt der Wahl der Gemeinschaftsorgane

scheidung einseitig einmal die Zulässigkeit des Ausschlusses von Splitterparteien im Kommunalwahlrecht unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit eines störungsfreien Funktionierens der Selbstverwaltung, zum anderen die Vorrangstellung der politischen Parteien auch bei den Kommunalwahlen betonte und rechtfertigte (Urteil vom 23.1.1957, zum Nordrhein-Westfälischen Kommunalwahlgesetz, E 6, S. 104 ff, insbes. S. 114 ff). Bedauerlicherweise hat es das Bundesverfassungsgericht unterlassen, anläßlich seines Beschlusses vom 12.7.1960 zum Saarländischen KWG (E 11, S. 266 ff) den - scheinbaren - Widerspruch zu dieser früheren Entscheidung aufzulösen und eine unmittelbare Verbindung zwischen beiden herzustellen; hierdurch hätten mancherlei Mißverständnisse vermieden werden können. - Einzelheiten werden in den folgenden Anm. behandelt.

- 138) Dabei umschreibt der Begriff "Staatsgewalt" alle Formen öffentlicher Gewalt und umfaßt somit auch die von den örtlichen Gemeinschaften im Rahmen der gemeindlichen Selbstverwaltung ausgeübten öffentlichrechtlichen Befugnisse; s. hierzu z.B. A. Hamann, Anm. B 5 zu Art. 20 GG; Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. V zu Art. 20 GG (S. 593 ff); Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 29 ff, insbes. Rdn. 46 ff zu Art. 20 GG; s. außerdem vor allem O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 245 ff, insbes. S. 275 ff.
- 139) S. hierzu insbesondere O. Gönnenwein, Fragen, S. 219/20, und Gemeinderecht, S. 245 ff, vor allem S. 275 ff, mit weiteren Nachweisen, sowie W. Loschelder, Entwicklung, S. 410.
- 140) Wegen der (Nicht-) Geltung des Grundsatzes der Gewaltenteilung im Kommunalverfassungsrecht s. unten im Text.

erschöpft (141) und daß daher gewährleistet sein muß, daß die einzelnen bei diesem Akt ihren Willen optimal zur Geltung bringen können.

Die Festlegung der Wahlgrundsätze in Art. 28 I 2 GG (insbesondere über die "allgemeine, unmittelbare, gleiche Wahl") darf nun aber nicht isoliert gesehen, sondern muß konkret auf die Eigenart der vom Grundgesetz in Art. 28 II 1 gewährleisteten gemeindlichen Selbstverwaltung bezogen werden, wonach die örtliche Gemeinschaft ihre Angelegenheiten in eigener Verantwortung regelt (142). Damit nun jeder einzelne Gemeindebürger in der Lage ist, die Personen seines Vertrauen für die Gemeindevertretung zu wählen (und auf diese Weise in größtmöglichem Maße an der örtlichen Eigenverantwortung teilzuhaben), muß daher das Kommunalwahlrecht angesichts der überschaubaren örtlichen Verhältnisse insbesondere auch die Kandidatur und Wahl von Einzelpersonen sowie von Vertretern nur örtlicher Wählervereinigungen (sog. Rathausparteien) zulassen (143). Den Grundsätzen der allgemeinen, un-

-
- 141) Allerdings soll im überschaubaren örtlichen Bereich die Gemeindebevölkerung auch darüberhinaus - mittelbar durch einen dauernden, möglichst engen und vielseitigen Kontakt der Gemeindeorgane mit der Gemeindebevölkerung, unmittelbar durch die ehrenamtliche Mitwirkung von Bürgern in Ausschüssen und ähnlichen Gremien - weitestgehend an der örtlichen Eigenverantwortung für die eigenen Angelegenheiten beteiligt werden. Das ändert aber nichts an der Tatsache, daß die Zuständigkeit für alle örtlichen Angelegenheiten im wesentlichen bei der gewählten Gemeindevertretung liegt und daß sich insoweit die Mitwirkung der einzelnen für die jeweilige Wahlperiode im Akt der Wahl der Gemeindevertreter erschöpft.
- 142) S. hierzu von allem A. Köttgen, Sicherung, passim, insbes. S. 9: "Mit bemerkenswertem Nachdruck hat sich das Grundgesetz in diesem Art. 28 für das politische Formprinzip einer örtlichen Gemeinschaft entschieden, die ihr Schicksal in eigener Verantwortung solidarisch gestaltet". - Mit Recht weist hier A. Köttgen auf die zentrale Bedeutung des Mandatsrechts - und als Vorstufe dazu des Kommunalwahlrechts - für eine leibildgerechte Selbstverwaltung hin (s. insbes. S. 16 ff).
- 143) Insofern ist die Einführung des Verhältniswahlrechts in das Kommunalwahlrecht, wie dies in der Mehrzahl der Länder geschehen ist (Nachweise bei O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 256 ff), zumindest problematisch (so mit Recht vor allem O. Jacob, NJW 1960, S. 1929 ff); in keinem Fall dürfen dadurch

mittelbaren und gleichen Wahl ist bei Kommunalwahlen also nicht schon dann genügt, wenn nur Kandidaten politischer Parteien zugelassen werden; gleichermaßen unstatthaft ist ihre rechtliche Bevorzugung gegenüber freien Kandidaten und Wählergruppen. Dies hat vor allem das Bundesverfassungsgericht in mehreren Urteilen mit erfreulicher Klarheit festgestellt (144), nachdem schon im Schrifttum auf diese Konse-

Einzelkandidaturen völlig ausgeschlossen werden (das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 23.1.1957, E 6, S. 104 ff, S. 111 ausdrücklich auch die reine Verhältniswahl für zulässig erklärt; in den neueren Entscheidungen zum Kommunalwahlrecht fehlt eine Stellungnahme, obwohl man sie hätte erwarten können). - S. hierzu auch W. Grundmann, Rathausparteien, passim.

- 144) So vor allem in dem bereits genannten Beschluß vom 12.7.1960, E 11, S. 266 ff: "Das Grundgesetz hat zwar, der Verfassungswirklichkeit folgend, die politischen Parteien in Art. 21 GG als verfassungsrechtlich notwendige Instrumente für die politische Willensbildung des Volkes anerkannt und sie in den Rang einer verfassungsrechtlichen Institution erhoben. Durch ihre verfassungsrechtliche Anerkennung als politische Handlungseinheiten, deren heute die Demokratie bedarf, um die Wähler zu politisch aktionsfähigen Gruppen zusammenzuschließen und ihnen so überhaupt erst einen wirksamen Einfluß auf das staatliche Geschehen zu ermöglichen, ist von Bundesverfassungs wegen der moderne demokratische Parteienstaat legalisiert worden ... Es mag in der logischen Konsequenz eines radikal zu Ende gedachten Parteienstaates liegen, daß sich die Willensbildung des Volkes auf allen Stufen, auch in den Gemeinden und Kreisen, durch das Medium der Parteien vollzöge und die gleichberechtigte Teilnahme der Aktivbürger an der Auslese der Wahlbewerber insbesondere nur in diesem, von den Grundsätzen des gleichen Stimmrechts aller Parteizugehörigen und der Chancengleichheit der Parteien beherrschten Rahmen erfolgen könnte. Diese äußerste Konsequenz des Parteienstaates wird jedoch vom Grundgesetz ... auf der kommunalen Ebene durch die institutionelle Garantie der Selbstverwaltung in Art. 28 GG verfassungskräftig abgewehrt (S. 273) ... Kommunale Selbstverwaltung - wie sie heute verstanden wird - bedeutet ihrem Wesen und ihrer Intention nach Aktivierung der Beteiligten für ihre eigenen Angelegenheiten, die die in der örtlichen Gemeinschaft lebenden Kräfte des Volkes zur eigenverantwortlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben der engeren Heimat zusammenschließt mit dem Ziel,

quenzen aus Art. 28 II 1 GG hingewiesen worden war (145). Zwar hat

das Wohl der Einwohner zu fördern und die geschichtliche und heimatliche Eigenart zu wahren ... (S. 275/76). Es gehört zum Wesen der in den überschaubaren Verhältnissen des 19. Jahrhunderts gewachsenen kommunalen Selbstverwaltung, daß sie von der Mitwirkung angesehener, mit den heimischen Verhältnissen besonders vertrauter Mitbürger getragen wird und sich an den besonderen Bedürfnissen der örtlichen Gemeinschaft orientiert. Aus der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 GG muß also gefolgert werden, daß die Auslese der Kandidaten für die kommunalen Wahlkörperschaften jedenfalls auch örtlich muß bestimmt werden können und daher nicht ausschließlich den ihrem Wesen und ihrer Struktur nach in erster Linie am Staatsganzen orientierten politischen Parteien vorbehalten werden darf. Es muß also ... auch ortsgebundenen, lediglich kommunale Interessen verfolgenden Wählergruppen ... das Wahlvorschlagsrecht und deren Kandidaten eine chancengleiche Teilnahme an den Kommunalwahlen gewährleistet sein (S. 276)". - Folgte aus dieser Entscheidung vor allem das Recht der freien örtlichen Wählergruppen auf Zulassung zur Wahl neben den politischen Parteien überhaupt, so wurde in mehreren weiteren Erkenntnissen klargestellt, daß die freien örtlichen Wählergruppen in allen Belangen volle Gleichbehandlung beanspruchen können: so hinsichtlich der Aufstellung einer Reserveliste (Urteil vom 2.11.1960, E 11, S. 351 ff, und Beschluß vom 30.5.1961, E 13, S. 1 ff) sowie des Unterschriftenquorums für einen Wahlvorschlag (Urteil vom 15.11.1960, E 12, S.10 ff, und Beschluß vom 7.2.1961, E 12, S. 135 ff). Schließlich wird - wenn auch nur unter formalen Gesichtspunkten - auf den prinzipiellen Unterschied zwischen Einzelbewerbung und Listenkandidatur hingewiesen (Beschluß vom 22.2.1961, E 12, S. 200 ff). - Das Schrifttum ist - soweit es nicht schon vorher diesen Standpunkt vertreten hatte (wie insbesondere A. Köttgen, Gemeindewahlrecht, passim, und Sicherung, insbes. S. 16 ff) - dem Bundesverfassungsgericht gefolgt (s. z.B. O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 249 ff, und W. Grundmann, Rathausparteien, S. 85 ff); vereinzelte Ausnahmen stellen eher Rückzugsgefechte oder einseitige Interessenstandpunkte (so vor allem J. Rubehn in DÖV 1960, S. 667 ff) als ernst zu nehmende Gegenstimmen dar. (Die abweichende Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.7.1956, E 8, S. 327 ff, S. 328, ist durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts überholt).

145) So vor allem A. Köttgen, Gemeindewahlrecht, passim, insbes. S.

die Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung nicht verhindern können, daß die - vornehmlich überörtlich orientierten, "staatsbezogenen" - politischen Parteien auch im kommunalen Bereich eine tatsächliche Vormachtstellung erlangt haben (146). Da sie jedoch örtliche Eigenständigkeit und Vielgestaltigkeit gerade unabhängig von überörtlichen Entwicklungen und Bestrebungen von Rechts wegen (147) ermöglichen

597, und Sicherung, passim, insbes. S. 7 ff und S. 16 ff.

- 146) S. hierzu z.B. W. Grundmann, Rathausparteien, S. 9 ff und S. 90 ff; A. Köttgen, Gemeindewahlrecht, passim, und Sicherung, passim, insbes. S. 17 ff; H. Peters, Kommunalwissenschaften, S. 12/13; W. Weber, Staats- und Selbstverwaltung, S. 59; das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 12.7.1960, E 11, S. 266 ff, S. 275. - Die Vor- und Nachteile dieser tatsächlichen Entwicklung für die gemeindliche Selbstverwaltung halten sich in etwa die Waage, indem einerseits die politischen Parteien politisch interessierte Menschen erfassen, heranbilden und auf diese Weise auch für die Aufgaben der gemeindlichen Selbstverwaltung vorbereiten (wobei gerade auch die umfassende Orientierung der politischen Parteien sowie ihre unmittelbare Verbindung zur staatlichen Ebene mit der Notwendigkeit eines permanenten Ausgleichs von örtlichen und überörtlichen Belangen positiv zu beurteilen sind), während andererseits die örtlichen Belange u.U. über den - für die typischerweise überörtlich orientierten politischen Parteien naturgemäß vordringlichen-überörtlichen Bindungen vernachlässigt oder gar umgekehrt für überörtliche Zwecke mißbraucht werden (s. hierzu auch W. Grundmann, Rathausparteien, S. 1 ff; Fr. A. Frh. v.d. Heydte bei Fr. A. Frh. v.d. Heydte - K. Sacherl, insbes. S. 11 ff; Rechtliche Ordnung des Parteiwesens, S. 123 ff, insbes. S. 135 - 37 und S. 254/55).
- 147) Dabei werden die beschränkten Möglichkeiten des Rechts angesichts einer stark abweichenden tatsächlichen Entwicklung durchaus gesehen, so vor allem von A. Köttgen, Sicherung, passim, insbes. S. 4, S. 9 ("Kein Gesetzgeber kann verhindern, daß sich die Gemeinde auf den Trümmern bürgerlichen Gemeinns aus einem politischen Gemeinwesen in ein technisches Arbeitsaggregat verwandelt. Das positive Recht kann dem Gemeinns der Bürger lediglich durch Bereitstellung sachgerechter Formen einen Ansatz bieten, jedoch keine Inhalte oder gar Gesinnungen dekretieren"). Andererseits wird jedoch mit Recht die Funktion einer normativen

und schützen soll, müssen die Kommunalwahlgesetze der Länder den nur örtlich orientierten Einzelpersönlichkeiten und Wählergruppen zumindest rechtlich die gleichen Chancen einräumen wie den politischen Parteien (148).

Allerdings ist die Garantie örtlicher Eigenständigkeit und Vielgestaltigkeit nicht unbegrenzt. Wie oben (149) im einzelnen grundsätzlich dargelegt wurde und im Ergebnis allgemein anerkannt ist, ist örtliche Freiheit innerhalb einer umfassenderen (staatlichen) Gemeinschaft nur insofern möglich, als dadurch sowohl die örtliche als auch die überörtliche Ordnung nicht gestört werden, weil nämlich einerseits örtliche Freiheit nur unter dem Schutz der staatlichen Gemeinschaft möglich ist, während andererseits die staatliche Gemeinschaft die Unterstützung und Solidarität der Gesamtheit der örtlichen Gemeinschaften braucht, um die einzelnen örtlichen Gemeinschaften in ihrer Freiheit schützen zu können. Daher findet die Garantie gemeindlicher Eigenständigkeit und Vielgestaltigkeit ihre Schranke dort, wo die ordnungsmäßige und wirksame Wahrnehmung der örtlichen wie auch der den Gemeinden - zulässigerweise - vom Staat übertragenen staatlichen Aufgaben gefährdet oder

Verfassung hervorgehoben, die nicht nur darin besteht, die von ihr vorgefundene Wirklichkeit vorbehaltlos zu bejahen (S. 10: "Deshalb bestätigt auch der Art. 28 GG nicht etwa nur vorgefundene Fakten, sondern versteht sich als verpflichtendes Regulativ künftiger Politik").

- 148) So insbesondere das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 30.5.1961 zum Schleswig-Holsteinischen Gemeinde- und Kreiswahlgesetz, E 13, S. 1 ff, S. 15/16, insbes. S. 16: "Art. 28 Abs. 2 GG verwehrt den politischen Parteien zwar nicht das Vordringen in den kommunalen Bereich. Er fordert jedoch, daß die im allgemeinen bestehende Vorherrschaft der politischen Parteien in den Kommunen nicht durch Wahlrechtsprivilegien verfestigt oder erweitert wird. Er gebietet, daß diese Vorherrschaft nur in fairem Wettbewerb gegen örtliche Wählergruppen errungen und stets aufs neue behauptet wird" (S. dort - S. 16 ff - auch eine ausführliche Widerlegung der mannigfachen gegen eine Gleichstellung der örtlichen Wählergruppen mit den politischen Parteien vorgebrachten Einwände). Ebenso z.B. O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 251 ff, und W. Grundmann, passim, insbes. S. 85 ff.

- 149) Unter B III, insbesondere zum "sozialen" Prinzip (B III 3).

gar unmöglich wird (150). Um ein derart geordnetes und wirksames Funktionieren der gemeindlichen Selbstverwaltung sicherzustellen, bieten sich mehrere Möglichkeiten an. Als äußerstes Mittel käme ein Einschreiten der staatlichen (Kommunal-) Aufsicht in der Weise in Betracht, daß den Gemeinden zunächst völlige Freiheit gelassen und erst bei Störungen und Mißbräuchen eingegriffen wird (151). Andererseits würde hier die gemeindliche Selbstverwaltung im Ergebnis am stärksten betroffen, indem nach aller Erfahrung mit häufigen Störungen zu rechnen und entsprechend häufig ein staatliches Einschreiten erforderlich wäre (152). Daher müssen sowohl das Kommunalwahlrecht als dann auch das Kommunalverfassungsrecht hinsichtlich der Organisation und der

-
- 150) Dies hat vor allem das Bundesverfassungsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung vom 23.1.1957 zur 5 %-Sperrklausel im Nordrhein-Westfälischen Kommunalwahlrecht, E 6, S. 104 ff, im einzelnen ausgeführt, S. 116 ff: "Es kommt also darauf an, ob das Vorhandensein von Splittergruppen dazu führen kann, daß der Rat (gemeint ist die Gemeindevertretung nach nordrhein-westf. Kommunalverfassungsrecht) diese seine Funktionen nicht ordnungsgemäß ausüben kann, daß insbesondere eine ordnungsgemäße Erledigung der Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung nicht mehr gewährleistet ist (S. 116) ... Daraus (daß nämlich die Gemeinden in ihrem Gebiet die alleinigen Träger der öffentlichen Verwaltung sind) ergibt sich, daß etwaige Störungen im Ablauf der Verwaltung auf der Gemeindeebene sich unmittelbar auf das Staatsganze auswirken müsse (S. 117) ... Das vom Grundgesetz so stark herausgestellte und ausdrücklich garantierte Prinzip der Selbstverwaltung ist also nur dann voll verwirklicht, wenn der Rat als Verwaltungsorgan normal funktionieren kann ... Gerade dieses normale Funktionieren, auf das es allein ankommt, kann aber durch das Vorhandensein von Splitterparteien ebenso gestört werden wie das normale Funktionieren eines Parlaments (S. 118)". - S. auch O. Gönnenwein, Gemeinderecht, S. 259/60.
- 151) Dabei kommen eigentlich nur die einschneidenderen Aufsichtsmittel, nämlich konkrete Anordnungen, - falls diese nicht befolgt werden - Ersatzvornahme und als äußerstes Mittel die Bestellung eines Beauftragten in Betracht (s. hierzu auch oben die Anm. 78).
- 152) Gerade das widerspräche aber dem Sinn und Zweck der Selbstverwaltungsgarantie; s. auch hierzu das Bundesverfassungsgericht a. a. O., wonach "der"Normalfall" der ist, daß die gemeindliche Vertretungskörperschaft durch eigene verantwort-

Funktionen der kommunalen Organe so gestaltet sein, daß bei Erhaltung weitestgehender örtlicher Freiheit denkbare und zu erwartende Störungen möglichst von vornherein verhindert oder zumindest auf ein Minimum beschränkt werden (153). Für das Kommunalwahlrecht folgt hieraus, daß dann, wenn im Falle der Zulassung von Vertretern von kleinsten Gruppen (sog. Splittergruppen) zur Gemeindevertretung mit solchen Störungen im Ablauf der gemeindlichen Selbstverwaltung zu rechnen ist, daß dadurch die ordnungsmäßige und wirksame Wahrnehmung der anstehenden örtlichen und staatlichen Aufgaben gefährdet wird, die Wahlgesetze den Vertretern solcher Kleinstgruppen den Einzug in die Gemeindevertretung (154) versperren können, wenn sie nicht einen Mindestanteil der abgegebenen gültigen Stimmen auf ihren Wahlvorschlag

liche Beschlußfassung die Gemeindeaufgaben erfüllt - daß die Gemeindebürgerschaft sich also durch ihre gewählte Vertretungskörperschaft "selbst verwaltet". Es ist nicht anständig, eine mit den Mitteln der Staatsaufsicht notdürftig in Gang gehaltene Verwaltung als "ordnungsmäßige Verwaltung" der Gemeinde zu werten und der durch die Verfassung gebotenen Selbstverwaltung gleichzuachten. Aus der Möglichkeit, etwaige Fehlleistungen des Rats mit den in §§ 108 f GO genannten Mitteln der allgemeinen Kommunalaufsicht zu korrigieren, darf nicht der Schluß gezogen werden, daß Splitterparteien im kommunalen Bereich keinerlei Störungen verursachen könnten ... Zur Stärkung der Eigenverantwortlichkeit der Gemeinden und damit der Selbstverwaltung im eigentlichen Sinn soll deshalb nur in extremen Fällen mit den Mitteln der Beanstandung, Ersatzvornahme usw. eingegriffen werden" (S. 117/18).

- 153) Über das Wesen der Kommunalaufsicht als staatliches "Ausnahme"-Recht s. auch oben unter 3 sowie z.B. O. Gönnerwein, Gemeinderecht, insbes. S. 179 ff.
- 154) Nicht jedoch kann bereits die Kandidatur (über den sog. Wahlvorschlag) verhindert werden, weil erst die Wähler darüber entscheiden, ob eine Gruppe tatsächlich nur "Splittergruppe" ist; für die Zulassung zur Wahl genügt vielmehr eine relativ geringe Zahl von Unterschriften (sog. Quorum), die lediglich zum Nachweis der Ernsthaftigkeit des Wahlvorschlags verlangt wird (s. hierzu z.B. die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil vom 15.11.1960, E 12, S. 10 ff, insbes. S. 27 ff).

vereinigen (155). Da nun der Gesetzgeber alle Gemeinden gleich behandeln muß, kann dies dazu führen, daß einzelne Gemeinden, bei denen eine derartige Gefahr nicht besteht, dennoch auf einen entsprechenden Teil örtlicher Freiheit verzichten müssen (156), um in den betroffenen anderen Gemeinden und somit insgesamt ein ordnungsmäßiges Funktionieren der gemeindlichen Selbstverwaltung zu ermöglichen (157). Andererseits muß jedoch hervorgehoben werden, daß auf diese Weise nur Vertreter von Kleinstgruppen ausgeschlossen werden dürfen, daß also ein Einzelkandidat, der als solcher mindestens soviel Stimmen auf sich vereinigt wie die anderen gewählten Bewerber, in die Gemeindevertretung aufgenommen werden muß, auch wenn der auf ihn entfal-

- 155) So insbesondere das Bundesverfassungsgericht in der bereits mehrfach zitierten Entscheidung E 6, S. 104 ff, vor allem S. 114 ff (s. o. Anm. 150). - Bedenken erhebt u. a. W. Grundmann, Rathausparteien, S. 82 ff, unter Hinweis auf die abweichende Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs und des Landesverwaltungsgerichts Düsseldorf.
- 156) Allerdings wirkt sich die in den meisten Ländern der Bundesrepublik auch in das Kommunalwahlrecht eingeführte 5 %-Sperrklausel nur dann aus, wenn - wie dies nur bei Gemeinden über 10.000 Einwohnern der Fall ist (s. § 25 GO Baden-Würt., Art. 31 GO Bayern, § 38 GO Hessen, § 35 GO Niedersachsen (hier sogar erst ab 15.000 Eihwohnern), § 3 Kommunalwahlgesetz Nordrhein-Westfalen., § 6 Kommunalwahlgesetz Rheinl.-Pfalz, § 9 Gemeinde- und Kreiswahlgesetz Schleswig-Holstein) - mindestens 20 oder mehr Gemeindevertreter zu wählen sind, weil bei einer geringeren Zahl sowieso mehr als 5 % der abgegebenen gültigen Stimmen für ein einziges Mandat nötig sind (s. hierzu auch das Bundesverfassungsgericht in E 13, S. 243 ff, S. 247/48). Da andererseits - wie vor allem das Bundesverfassungsgericht a. a. O. (E 6, S. 118 ff) dargelegt hat - die Gefahr von ein ordnungsmäßiges Arbeiten der Gemeindevertretung störenden Splittergruppen nur in größeren und Großgemeinden besteht, sind solche Sperrklauseln unbedenklich.
- 157) So weist das Bundesverfassungsgericht a. a. O. ausdrücklich auf die besonderen Verhältnisse in Nordrhein-Westfalen hin (S. 118 ff): Wegen der Vielzahl an Großgemeinden ist hier die Gefahr von Splitterparteien im kommunalen Bereich besonders groß mit der Folge, daß auch jene Gemeinden, bei denen keine Gefahren aus Splitterparteien entstehen, in ihrer Freiheit entsprechend beschnitten werden müssen.

lende Stimmenanteil unter der gesetzlich festgesetzten Mindestquote liegt (158) (158 a).

b. Zwar schließt Art. 28 II 1 GG nicht aus, daß der Staat den Gemeinden auch die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben überträgt. In jedem Falle aber macht gemäß Art. 28 II 1 GG die eigenverantwortliche Rege-

-
- 158) Hierzu ein Beispiel: Beträgt die Zahl der zu wählenden Gemeindevertreter 25 und sind 10.000 gültige Stimmen abgegeben worden, so entfallen auf jeden erfolgreichen Bewerber durchschnittlich 400 Stimmen. Hat hier ein Einzelkandidat 450 Stimmen auf sich vereinigt, so ist er wirksam gewählt, obwohl sein Stimmenanteil weniger als 5 % (= 500 Stimmen) beträgt. - S. hierzu auch den Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 22.2.1961, E 12, S. 200 ff, insbes. S. 201/02.
- 158 a) Das Bundesverfassungsgericht hat in seinen einschlägigen Entscheidungen zu dieser Frage nicht ausdrücklich Stellung genommen. Insbesondere sind seine Ausführungen in dem Urteil vom 23.1.1957, E 6, S. 104 ff, insbes. S. 114 ff, nicht im Sinne einer Ablehnung der vom Verf. gezogenen Konsequenzen zu verstehen, denn dort ist bei der Rechtfertigung der Sperrklausel (S. 114-119) nur von Verhältniswahl und Splitterparteien, nicht aber von Einzelkandidaten die Rede; im Gegenteil wird - wenn auch nur am Rande und leicht überlesbar (S. 120) - zwischen "Splitterparteien" und "Einzelgängern" klar unterschieden, wobei für die letzteren "höchstens in den kleinen Gemeinden" eine Chance gesehen wird (wo wiederum - s. o. Anm. 156 - die Sperrklausel wegen der zu geringen Zahl von Gemeindevertretern gar nicht zum Zuge kommt). Bedauerlicherweise bleibt diese Frage dann auch in der grundlegenden Entscheidung vom 12.7.1960, E 11, S. 266 ff, insbes. S. 273 ff, offen, obwohl das Bundesverfassungsgericht hier Anlaß zu einer Klärung hatte, wenn es davon ausgeht, daß "die Mitwirkung angesehener, mit den örtlichen Verhältnissen besonders vertrauter Mitbürger" - also doch zumindest auch von Personen, die nur über eine Einzelkandidatur in die Gemeindevertretung gelangen - zum Wesen der kommunalen Selbstverwaltung gehört (S. 276). Schließlich fehlt auch in den Beschlüssen vom 22.2.1961, E 12, S. 200 ff, insbes. S. 203/04, und vom 30.5.1961, E 13, S. 1 ff, eine eindeutige Aussage, obwohl es dort um die Problematik von Einzelkandidaturen ging. - S. hierzu insbesondere O. Jacob, NJW 1960, S. 1929 ff, der mit Recht dieses Versäumnis bemängelt.

lung der eigenen (örtlichen) Angelegenheiten den wesentlichen Inhalt gemeindlicher Selbstverwaltung aus und bestimmt damit deren gesamte Verfassung. Daher folgt aus Art. 28 II 1 GG auch das Recht der einzelnen örtlichen Gemeinschaften, nicht nur die in Art. 28 I 2 GG ausdrücklich genannte Gemeindevertretung, sondern - soweit das Landesrecht mehrere Gemeindeorgane vorsieht - alle ihre Organe selbst zu bestellen (159) (159a). Dieses Recht schließt nicht nur - abgesehen von der Bestellung eines Staatsbeauftragten im Rahmen der Kommunalaufsicht (160) - die Berufung oder Ernennung gemeindlicher Organe etwa

159) S. hierzu z.B. O. Gönnerwein, Fragen, S. 219/20, und Gemeinde-recht, S. 275 ff.

159a) Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die in den Gemeindeordnungen mehrerer Länder der Bundesrepublik vorgesehene Möglichkeit einer vorzeitigen Abberufung der hauptamtlichen Bürgermeister und Beigeordneten (s. z.B. § 76 GO Hessen; weitere Nachweise bei H. Görg, Die kommunalen Wahlbeamten, S. 68/69) zu beurteilen, die also das Gegenstück zu der allein der Gemeinde zustehenden Organbestellung bildet. Zwar wird man angesichts der Sonderstellung der gemeindlichen Vollzugsorgane - die u. a. ja nicht nur die örtlichen, sondern zum überwiegenden Teil (als quasi nachgeordnete staatliche Behörden) staatliche Aufgaben wahrzunehmen haben, - nicht aus Art. 28 II 1 i.V.m. Art. 28 I 2 GG eine Pflicht des Landesgesetzgebers folgern können, allen örtlichen Gemeinschaften das Recht zur vorzeitigen Abberufung der von ihnen gewählten hauptamtlichen Bürgermeister und Beigeordneten einzuräumen; andererseits ist eine solche Regelung im Hinblick auf die Betonung örtlicher Eigenverantwortung und der maßgeblichen Stellung der gewählten Gemeindevertretung in Art. 28 GG trotz Art. 33 V GG zulässig, wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 17.10.1957, E 7, S. 155 ff, mit eingehender Begründung zu Recht festgestellt hat (Bedenken hiergegen sind insbesondere von H. Görg in einer Anmerkung zu der Entscheidung, ZBR 1958, S. 104/05, erhoben worden).

160) Vorausgesetzt, daß die - sehr strengen - Voraussetzungen für dieses einschneidendste Aufsichtsmittel erfüllt, d.h. alle geringeren Eingriffe erfolglos geblieben sind, und daß seine engen Grenzen eingehalten werden; in keinem Falle darf also der vom Staat eingesetzte Beauftragte das entsprechende Gemeindeorgan ersetzen, sondern darf nur die für eine ordnungsmäßige Verwaltung unbedingt notwendigen Maßnahmen treffen; ansonsten bleiben die gemeindlichen Organe voll zuständig. Über die Schranken des

durch eine staatliche Stelle aus (161), sondern verbietet dem für das Kommunalverfassungsrecht zuständigen Landesgesetzgeber allgemein, ein Verfahren für die Bestellung vorzusehen, bei dem nicht ausschließlich die betroffene örtliche Gemeinschaft - in der Regel durch die Gemeindevertretung - beteiligt ist (162). Zwar hat der Staat auf Grund seiner Zuständigkeit zur abschließenden Regelung des Rechts des öffentlichen Dienstes (163) die Möglichkeit, (mittelbar abstrakt) etwa in der

Rechts zur Bestellung eines staatlichen Beauftragen s. sehr eindrucksvoll das Urteil des Badischen Verwaltungsgerichtshofs vom 23.8.1950, VerwRspr. 4, S. 197 ff, insbes. S. 203 ff (s. auch oben unter 3 sowie Anm. 78).

- 161) Wie dies z.B. gemäß § 153 der Stein'schen Städteordnung von 1808 bezüglich des Oberbürgermeisters noch der Fall war, der - wenn auch auf Vorschlag der Stadtverordnetenversammlung - "durch landesherrliche Bestätigung zum Oberbürgermeister ernannt" wurde.

- 162) So hat der Verfassungsgerichtshof von Nordrhein-Westfalen mit Urteil vom 21.8.1954, E 9, S. 74 ff, mit Recht eine Norm des Landesrechts, wonach der Amtsdirektor kraft dieser seiner Stellung in den ansangehörigen Gemeinden automatisch die Stellung des Gemeindedirektors innehatte, als mit der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung unvereinbar für verfassungswidrig erklärt (zwar wurde diese Entscheidung unmittelbar auf das insoweit konkretere, eindeutige Landesverfassungsrecht gestützt; das Gericht ließ jedoch keinen Zweifel daran, daß "die dem gemeindlichen Willen durch diese Vorschrift völlig entzogene Bestellung des Gemeindedirektors schon aus der institutionellen Garantie der Selbstverwaltung heraus auf Grund der zu ihren Begriffsmerkmalen gehörenden Personalhoheit eine Verletzung ihres wesentlichen Kerns darstellt" (a. a. O. S. 75). - S. hierzu auch W. Henrichs, Rechtsprechung, S. 732/33.

- 163) Insoweit wird Art. 28 II 1 (i.V.m. Art. 28 I 2) GG - über Art. 33 IV GG - durch die gleichzeitig erfolgte Festlegung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums in Art. 33 V GG eingeschränkt (s. hierzu auch O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 124 ff). - Das Verhältnis dieser beiden Vorschriften zueinander bereitet zwar gewisse Schwierigkeiten - s. hierzu insbesondere H. Görg, Die kommunalen Wahlbeamten, passim, und in einer Anmerkung zu dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 17.10.1957, ZBR 1958, S. 104/05 -, jedoch ist dem Bundes-

Weise auf die Organbestellung Einfluß zu nehmen, daß er für die Inhaber bestimmter Ämter eine bestimmte fachliche Qualifikation vorschreibt mit der Folge, daß die Gemeinden nur solche Personen in ihre Organe (die entsprechende Ämter wahrnehmen) berufen dürfen, die die geforderten Voraussetzungen erfüllen (164). Andererseits darf sich der Staat jedoch keine (unmittelbaren konkreten) Einflußrechte vorbehalten, die etwa die Bestellung bestimmter Personen von seiner Billigung abhängig machen. Daher sind insbesondere staatliche Betätigungsvorbehalte unzulässig (165).

verfassungsgericht (E 7, S. 155 ff = ZBR 1958, S. 101 ff) darin zuzustimmen, daß das Gemeindeverfassungsrecht das Primäre und das Beamtenrecht diesem lediglich "aufgepfropft" ist, daß im Gemeindeverfassungsrecht für die Grundsätze des Berufsbeamtentums also nur insoweit Raum ist, als das Wesen der vom Grundgesetz gewährleisteten gemeindlichen Selbstverwaltung dies zuläßt (s. hierzu auch unten Anm. 167).

- 164) S. z.B. § 49 II und V GO Baden-Württ.: "Einer der Beigeordneten (in Gemeinden mit mehr als 10.000 Einwohnern) muß die Befähigung zum höheren oder gehobenen Verwaltungs- oder Justizdienst oder zum Richteramt, in Stadtkreisen zum höheren Verwaltungsdienst oder zum Richteramt haben, sofern nicht der Bürgermeister oder ein Bediensteter der Gemeinde diese Voraussetzung erfüllen" und: "Wird ein Beigeordneter mit der Verwaltung des Finanzwesens betraut, muß er die für den Fachbeamten für das Finanzwesen in § 116 vorgesehene Vorbildung haben"; ähnlich Art. 40 II und Art. 42 GO Bayern; § 43 III GO Hessen; § 81 GO Niedersachsen; § 49 GO Nordrhein-Westf.; § 45 GO Rheinld.-Pfalz; § 51 III GO Schleswig-Holstein (weitere Nachweise bei H. Görg, Die kommunalen Wahlbeamten, S. 65/66).
- 165) Die Frage, ob ein staatlicher Bestätigungsvorbehalt dann zulässig ist, wenn das betreffende Kommunalorgan gleichzeitig Träger eines Staatsamtes ist (so insbesondere z.B. der Landrat in Hessen und der Oberkreisdirektor in Nordrhein-Westfalen), braucht hier nicht entschieden zu werden, da dieser Fall bei einem gemeindlichen Organ jedenfalls nie vorkommt; auch hier müßte jedoch sorgfältiger abgewogen werden, als es das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 2.12.1958, E 8, S. 332 ff, insbes. S. 359/60, getan hat, wo es die Zulässigkeit bedenkenlos bejaht. S. hierzu auch z.B. O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 197 und S. 204.

c. Die Erstreckung des Grundsatzes der "Gewaltenteilung" - mit der Folge einer wechselseitigen Hemmung und Kontrolle der Teilgewalten (166) - auf den Bereich der gemeindlichen Selbstverwaltung mag nützlich sein und ist auch in den meisten Ländern der Bundesrepublik (wenn auch nicht streng und mehr im Sinne einer "Funktionenteilung" unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit (167)) verwirklicht; durch Art. 28 II 1 i.V.m. Art. 28 I 2 GG wird sie jedenfalls nicht gefordert. Daher steht es den Ländern grundsätzlich frei, ob sie außer der vom Grundgesetz vorgeschriebenen Gemeindevertretung weitere Gemeindeorgane, insbesondere für den Vollzug der örtlichen Aufgaben, vorsehen oder die Gemeindevertretung als alleiniges Organ bestimmen (168). Allerdings ergeben sich gewisse Schranken der Gestaltungsfreiheit mittelbar daraus, daß sich die Gemeindevertretung als Volksvertretung, die als solche die prinzipiell unbeschränkte Stellung des Gesetzgebers hat, nicht gleichzeitig insgesamt und durchgehend als echte Behörde organisieren läßt (169), durch die die Gemeinde nach außen hin auftritt.

-
- 166) Wie er insbesondere in Art. 20 II und III GG für den staatlichen Bereich festgelegt ist; s. hierzu z.B. Fr. Klein bei H. v. Mangoldt - Fr. Klein, Anm. V 5 b zu Art. 20 GG (S. 598 ff), und Th. Maunz bei Th. Maunz - G. Dürig, Rdn. 74 ff zu Art. 20 GG.
- 167) S. hierzu insbesondere O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 307 ff, S. 310. Für eine organisatorische Trennung von Willensbildung und Willensausführung auch im Gemeindeverfassungsrecht spricht insbesondere der Umstand, daß bei der Willensbildung möglichst viele Personen aller Kreise mitwirken sollen, um eine optimale Beteiligung der Gesamtbürgerschaft an der örtlichen Eigenverantwortung zu ermöglichen, während die Ausführung in nur wenigen Händen liegen muß, damit sie möglichst schnell und wirksam erfolgen kann.
- 168) S. z.B. E. Becker, Die Selbstverwaltung, S. 156, und Kommunale Selbstverwaltung, S. 732/33; s. vor allem O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 310 ff; das Bundesverfassungsgericht in E 6, S. 104 ff, S. 115. - A. A. H. E. v. Hoffmann in DÖV 1954, S. 326/27.
- 169) S. hierzu insbesondere O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 249 ff und S. 261 ff. - Allerdings unterscheidet sich die Stellung des Gemeindevertreters wesentlich von der des echten Parlamentariers (s. Art. 38 GG), indem er Inhaber eines Amtes ist, das für ihn auch eine ganze Reihe von echten Amtspflichten mit sich bringt (s. hierzu z.B. O. Gönnerwein, Gemeinderecht, S. 261 ff, insbes. S. 266 ff; - über die Entwicklung des gemeindlichen Mandats s. A. Köttgen, Sicherung, passim, insbes. S. 14 ff).

Vielmehr muß der Gemeindevertretung zumindest eine Behörde angegliedert sein, die ihre Beschlüsse vollzieht und gegebenenfalls - im Bereich der staatlichen Aufgaben - auch Weisungen entgegennehmen kann (170). Da insoweit die Gemeinde durch diese Behörde vertreten wird, kommt auch letzterer eine echte Organstellung zu, auch wenn sie - intern - der Gemeindevertretung restlos untergeordnet ist (171).

d. Enthält somit das Grundgesetz in Art. 28 II 1 i.V.m. Art. 28 I 2 keine konkreten Vorschriften hinsichtlich der Gestaltung der "inneren Gemeindeverfassung", so läßt es doch keinen Zweifel daran, daß - gleichgültig ob und gegebenenfalls welche weiteren Gemeindeorgane vorgesehen werden - diese der demokratischen Legitimation bedürfen, d. h. ihre Rechtsstellung zumindest mittelbar vom Willen der örtlichen Bevölkerung ableiten müssen, weil nur unter dieser Voraussetzung von eigenverantwortlicher Wahrnehmung der örtlichen Aufgaben durch die örtliche Gemeinschaft gesprochen werden kann (172).

170) S. hierzu z.B. E. Becker, Die Selbstverwaltung, S. 156.

171) Daher hat der Verfassungsgerichtshof von Nordrhein-Westfalen in seinem Urteil vom 21.8.1954, E 9, S. 74 ff, mit Recht die Organeigenschaft des Gemeindedirektors nach nordrhein-westfälischem Gemeindeverfassungsrecht bejaht. Gerade das Beispiel Nordrhein-Westfalens zeigt, daß sich eine rein monistische Gemeindeverfassung nicht verwirklichen läßt (s. hierzu auch O. Gönnewein, Gemeinderecht, S. 313 ff, der darauf hinweist, daß mangels eines echten Gemeindevorstands auch die Stellung des Vorsitzenden der Vertretungskörperschaft, des "Bürgermeisters", praktisch zu der eines selbständigen Organs ausgebaut worden ist).

172) So auch H.P. Ipsen, Selbstverwaltungsgarantie, S. 225, und O. Gönnewein, Fragen, S. 219/20, und Gemeinderecht, S. 275 ff.

C. Zusammenfassung

Abschließend können die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit etwa wie folgt zusammengefaßt werden:

- 1) Das Grundgesetz enthält in Art. 28 II 1 (ergänzt durch Art. 28 I 2) von Bundesverfassungs wegen eine selbständige und abschließende, für Bund und Länder unmittelbar verbindliche Festlegung der wesentlichen Merkmale gemeindlicher Selbstverwaltung. Folglich muß der durch das Grundgesetz gewährleistete Inhalt gemeindlicher Selbstverwaltung allein aus dieser Vorschrift sowie aus dem Gesamtzusammenhang des Grundgesetzes, insbesondere seinen Konstitutionsprinzipien, bestimmt werden.
- 2) Da die Annahme einer "institutionellen Verfassungsgarantie" voraussetzt, daß die betreffende Rechtseinrichtung nicht von der Verfassung selbst im einzelnen festgelegt ist, sondern nur außerhalb der Verfassung konkret existiert, stellt die Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung durch Art. 28 II 1 des Grundgesetzes nicht lediglich eine "institutionelle Garantie", sondern eine unmittelbare Verfassungsgarantie dar, indem sich Inhalt und Reichweite der Gewährleistung unmittelbar aus der Verfassung selbst ergeben. Daher ist es nicht zulässig, bei der Bestimmung des Inhalts des durch das Grundgesetz gewährleisteten gemeindlichen Selbstverwaltungsrechts maßgeblich auf die überkommene gemeindliche Selbstverwaltung zurückzugreifen; vielmehr darf diese nur insoweit berücksichtigt werden, als die durch das Grundgesetz konkret festgelegten Merkmale gemeindlicher Selbstverwaltung dafür Raum lassen.
- 3) Im einzelnen gewährleistet das Grundgesetz den Gemeinden (und - soweit deren Leistungsfähigkeit nicht ausreicht - subsidiär den Gemeindeverbänden) die Wahrnehmung aller der Sache nach (allein oder zumindest primär) örtlichen Angelegenheiten, d.h. derjenigen öffentlichen Aufgaben, die unmittelbar durch das Zusammenleben in der örtlichen Gemeinschaft bedingt sind. Der staatliche Gesetzgeber ist insoweit lediglich zur verbindlichen Grenzziehung zwischen den Bereichen der alleinörtlichen, der primär örtlichen und der staatlichen Aufgaben sowie zur Mitsprache bei denjenigen (nur primär) örtlichen Aufgaben berechtigt, bei denen die Belange der staatlichen Gemeinschaft unmittelbar mitbetroffen sind; im übrigen obliegt ihm die konkrete Aufteilung der örtlichen Aufgaben zwischen Gemeinden und Gemeindeverbänden, wobei die Gemeinden unbedingt den Vorrang haben.
- 4) Den Gemeinden ist die eigenverantwortliche Regelung der örtlichen Angelegenheiten garantiert, so daß der Staat - abgesehen von seiner

Befugnis, durch seine Aufsicht die Rechtmäßigkeit sowie einen geordneten Gang der örtlichen Verwaltung sicherzustellen - nicht positiv eingreifen und auch nur ausnahmsweise eine (negative) Ermessenskontrolle ausüben darf.

- 5) Maßgebliches, letztlich für alle örtlichen Angelegenheiten zuständiges Organ der Gemeinde ist die von den Gemeindebürgern nach allgemeinem, unmittelbarem, freiem und gleichem Wahlrecht gewählte Gemeindevertretung. Damit die örtliche Gemeinschaft möglichst unmittelbar und umfassend an der örtlichen Eigenverantwortung beteiligt wird, muß das Gemeindewahlrecht zumindest auch die Kandidatur von nur örtlich orientierten Wählergruppen und Einzelbewerbern vorsehen. Weitere Gemeindeorgane bedürfen ebenfalls der demokratischen Legitimation, müssen also zumindest mittelbar vom Willen der örtlichen Gemeinschaft als solcher bestimmt sein.
- 6) Da die Maßstäbe des Grundgesetzes bei der Gewährleistung gemeindlicher Selbstverwaltung letztlich aus dem Menschenbild des Grundgesetzes folgen, wonach der Einzelmensch prinzipiell frei und nur insoweit Bindungen zugunsten der Gemeinschaft unterworfen ist, als er seinerseits die Gemeinschaft zum Schutze seiner Freiheit braucht, hat im Zweifel die örtliche Gemeinschaft den Vorrang vor den Befehlen des Staates. Zugleich ist der Staat an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden und muß daher bei der Wahrnehmung seiner Mitsprache- und Eingriffsrechte gegenüber den örtlichen Gemeinschaften Mittel und Wege benutzen, die die örtliche Eigenständigkeit und Eigenverantwortlichkeit den Umständen nach am wenigsten einschränken.
- 7) Zwar verbietet die Gewährleistung der gemeindlichen Selbstverwaltung durch das Grundgesetz dem Staat nicht, die Organisation der gemeindlichen Selbstverwaltung in der Weise für die Erfüllung auch staatlicher Aufgaben heranzuziehen, daß er einzelne Selbstverwaltungsorgane mit dem Völlzug staatlicher Aufgaben betraut. Diese Inanspruchnahme der Organisation der gemeindlichen Selbstverwaltung durch den Staat darf jedoch nicht zu einer Beeinträchtigung der gemeindlichen Selbstverwaltung führen; in keinem Falle dürfen dadurch örtliche Eigenständigkeit und Eigenverantwortung in Frage gestellt werden.

Lebenslauf

Am 18. März 1935 wurde ich als drittes Kind des Lehrer Helmut Seibert und seiner Ehefrau Sophie, geb. Niemann, in Kassel geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule in Kleinalmerode, Krs. Witzenhausen, wechselte ich zur Mittelschule in Witzenhausen, die ich im Frühjahr 1952 mit dem Zeugnis der mittleren Reife abschloß. Anschließend wurde ich Schüler des Realgymnasiums in Bad Sooden-Allendorf. Vom Sommer 1952 an weilte ich im Rahmen eines Schüleraustauschprogramms ein Jahr lang in den U.S.A., wo ich die Abschlußklasse einer amerikanischen "highschool" besuchte und im Mai 1953 das "high-school-diploma" erwarb. Im Herbst 1953 kehrte ich zum Realgymnasium in Bad Sooden-Allendorf zurück; dort bestand ich am 8. März 1955 die Reifeprüfung.

Im Sommer-Semester 1955 begann ich an der Philipps-Universität in Marburg das Studium der Rechtswissenschaften. Nach neun-semestrigem Studium in Marburg und an der Freien Universität Berlin legte ich am 13. Mai 1960 vor dem Prüfungsausschuß des Juristischen Prüfungsamtes beim Oberlandesgericht in Frankfurt (Main) die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung ab. Anschließend war ich zunächst als wissenschaftliche Hilfskraft im Institut für Öffentliches Recht der Philipps-Universität Marburg beschäftigt. Durch Erlaß des Herrn Hessischen Ministers für Erziehung und Volksbildung wurde mir für die Zeit vom 1. Oktober 1960 bis einschließlich Dezember 1962 das von der hessischen Landesregierung für Arbeiten auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ausgesetzte "Professor Dr. Hermann Louis Brill-Stipendium" gewährt.

Am 1. Februar 1963 trat ich den juristischen Vorbereitungsdienst an. Außerdem bin ich als wissenschaftliche Hilfskraft im Institut für Öffentliches Recht der Philipps-Universität in Marburg bei Herrn Professor Dr. Hubert Görg tätig.

